

**RECHTSFRAGEN
KOMMUNALER WOHNUNGSVERMITTLUNG
IN BAYERN**

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme

Klaus Werner

1975



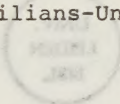
Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546702_0006

Rechtsfragen kommunaler Wohnungsvermittlung
in Bayern

Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Probleme

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München



vorgelegt von
Klaus Jochen Werner

München 1975



Referent: Professor Dr. Dieter Lorenz (Konstanz)

Korreferent: Universitätsdozent Dr. Stock

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Juli 1975

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
Literaturverzeichnis	VI
Quellenangaben	XX
Abkürzungen	XXII
EINLEITUNG	1
1. Abschnitt: Geschichtliche Entwicklung und Begriff der kommunalen Wohnungsvermittlung	3
§ 1 Wohnungsvermittlung im Rahmen gemeindlicher Agenden	3
I. Geschichtliche Entwicklung kommunaler Dienst- leistungen	3
1. Allgemeine Entwicklung	3
2. Motivationen und heutiger Stand	7
II. Ziele und jüngste Entwicklung der kommunalen Wohnungsvermittlung	11
§ 2 Begriff und Abgrenzung	17
I. Notwendigkeit einer Differenzierung	17
II. Allgemeiner Umfang der Leistungen	19
III. Objekte der Vermittlung	22
IV. Die Wohnungssuchenden	24
2. Abschnitt: Kommunalrechtliche Grundlagen und gesetzliche Regelung der Wohnungsver- mittlung	29
§ 3 Kommunalrechtliche Charakterisierung der Wohnungsvermittlungsstellen	29

	Seite
I. Rechtsformen	30
II. Die öffentlichen Einrichtungen	34
1. Gesetzliche Grundlagen der Begriffsfindung	34
2. Öffentliche und private Einrichtungen	36
3. Der Benutzungsanspruch	38
4. Verankerung im Gemeindeorganismus	40
III. Das wirtschaftliche Unternehmen	41
1. Begriffliche Abgrenzung	41
2. Gewinnerzielungsabsicht	45
3. Unternehmensbegriff	46
4. Wertschöpfung und Ertragsgrundsatz	46
5. Zusammenfassung	50
IV. Das Verhältnis öffentlicher Einrichtungen zu wirtschaftlichen Unternehmen	51
V. Vorläufiges Ergebnis	54
§ 4 Gesetzliche Grundlagen kommunaler Wohnungsvermittlung	55
I. Wohnungsrechtliche Vorschriften	55
1. Das Wohnungsvermittlungsgesetz	55
2. WohnraumbewirtschaftungsG	57
3. Wohnungsbindungsgesetz	59
4. Die Landeswohnungsordnung	66
II. Die Regelung durch Art.89 Abs.3 Satz 3 BavGO	71
1. Die Zulässigkeitskriterien	71
2. Art. 89 Abs.3 Satz 3 BavGO als spezialgesetzliche Regelung	73
3. Ermessen und Wahlfreiheit	77
a) Ermessen und Genehmigungsvorbehalt	77

	Seite
b) Organisationsform und Leistungsbeziehung	78
c) Entgelt und "Nulltarif"	78
§ 5 Wohnungsvermittlung unter dem Aspekt der Daseinsvorsorge	82
I. Bedeutung des Begriffes Daseinsvorsorge	82
II. Daseinsvorsorge als öffentliche Aufgabe	84
1. Begriff der Daseinsvorsorge	84
2. Daseinsvorsorge und Rechtsfolgen	86
3. Daseinsvorsorge und öffentlicher Zweck	89
4. Zwischenergebnis	94
III. Abgrenzung	95
1. Daseinsvorsorge	95
2. Gewinnverzicht	99
3. Sachzusammenhang	100
4. Einsatz von Werbemitteln	101
IV. Ergebnis	104
§ 6 Wohnungsvermittlung und Selbstverwaltungsrecht	105
I. Der Selbstverwaltungsgrundsatz	105
II. Wohnungsvermittlung als örtliche Angelegenheit	109
III. Angelegenheit des eigenen Wirkungskreises	113
IV. Öffentliche Aufgabe und gesetzliche Regelung	115
3. Abschnitt: Grenzen und Bindungen kommunaler Wohnungsvermittlung	123
§ 7 Ausgangspunkt	123

	Seite
§ 8 Legitimation des Gesetzgebers	126
I. "Neutralität" der Verfassung	126
II. Gesetzgeber und Öffentliche Aufgaben	129
III. Wohnungsvermittlung als Öffentliche Aufgabe	126
§ 9 Das Subsidiaritätsprinzip	141
I. Inhalt	141
II. Subsidiaritätsprinzip und Wohnungsvermittlung	142
III. Rechtsnatur und Verbindlichkeit des Subsidiari- tätsprinzips	146
§ 10 Grundrechtsfragen	150
I. Allgemeines	150
II. Wandel im Grundrechtsverständnis	152
1. Schutz vor faktischer Beeinträchtigung	152
2. Sozialdetermination der Grundrechte	156
III. Wohnungsvermittlung und Grundrechte	157
1. Einschlägige Grundrechtsbestimmungen	157
2. Art.2 Abs.1,12 und 14 GG	159
3. Art.3 GG	164
4. Folgerungen	165
IV. Fiskalgeltung der Grundrechte und Wohnungsver- mittlung	166
1. Freie Wahl der Aktionsform im Rahmen kommu- naler Leistungsverwaltung	166
2. Fiskalgeltung und Wohnungsvermittlung	170
§ 11 Weitere gesetzliche Bindungen	172

	Seite
I. Allgemeine Stellung in der Privatrechtsordnung	172
II. Das Wohnungsvermittlungsgesetz	176
 Schlußbetrachtung	 182

LITERATURVERZEICHNIS

- Bachof, Otto Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, in JZ 1955, S.97-102
- derselbe Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in VVDStRL, Heft 12, Berlin 1954
- Badura, Peter Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963
- derselbe Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, in DÖV 1966, S.624-633
- derselbe Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, in DÖV 1968, S. 446-454
- Battis, Ulrich Das Städtebauförderungsgesetz, in JuS 1972, S.106-107
- Baumbach, Alfred
Duden Konrad Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 20.Aufl., München 1972
- Baumbach, Alfred
Lauterbach, Wolfgang Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 30.Aufl., München 1970 (mit Nachtrag 1971)
- Becker, Erich Kommunale Selbstverwaltung in:
Die Grundrechte, hrsg. von Karl August Bettermann und Hans Carl Nipperdey, Bd. IV, 2.Halbbd., S.673 ff., Berlin 1962
- derselbe Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern, in HKWP I, S.113-183

- derselbe Entwicklung der deutschen Gemeinden und Gemeindeverbände im Hinblick auf die Gegenwart, in HKWP I, S.62-112
- Bettermann, August Das öffentliche Wohnungsrecht, 4.Lieferung, Köln 1949
- derselbe Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, Berlin 1968, S.1 ff.
- Börner, Bodo "Irrwisch" Daseinsvorsorge, in BayVBl.1971, S.406-408
- Breiholdt, Peter Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung, in MDR 1972, S.918-920
- Brohm, Winfried Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart u.a. 1969
- Bull, Hans Peter Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Frankfurt/Main 1973
- Burmeister, Joachim Die Verfassungsorientierung der Gesetzesauslegung, ~~A~~verfassungskonforme Auslegung oder vertikale Normendurchdringung, Berlin und Frankfurt 1966
- Donhauser, Peter Formen und Möglichkeiten gemeindlicher Zusammenarbeit zur Stärkung der Verwaltungskraft, Jur.Diss. Regensburg 1970
- Ehrenforth, Werner Zweites Wohnungsbaugesetz, Kommentar, Köln-Berlin, Bonn 1958
- Emmerich, Volker Die Fiskalgeltung der Grundrechte, namentlich bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand, in JuS 1970, S.332-338

- Emmerich, Volker Die kommunalen Versorgungsunternehmen zwischen Wirtschaft und Verwaltung, Frankfurt 1970
- derselbe Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H. u.a. 1969
- Eyermann, Erich Zur Bedeutung des Art.75 Abs.2 GG, in BayVBl.1958, S.76-77
- Eyermann, Erich Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Fröhler, Ludwig 5.Aufl., München 1971
- Fellner, Michael Wohnraumbewirtschaftsgesetz, Kommentar, 3.Aufl., München-Berlin 1956
- Fischer-Dieskau, Joachim Wohnungsbaurecht, Kommentar, Teilband Pergade, Hans-Günther III. Wohnungsbindungsgesetz 1965, Schwender, Heinz Werner Köln 1964; Stand vom Juli 1972
- Fischer, August Wieder einmal Streit um die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, in BayBgm 1960, S.149 f.
- Fischerhof, Hans "Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, in DÖV 1960, S.41-46
- derselbe Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und Öffentliche Verwaltung, in DÖV 1957, S.305-316
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 1. Band. Allgemeiner Teil. München-Berlin 9.Auflage 1966 und 10.Auflage 1973 zit.: VR I (Auflage). Seite
- derselbe Rechtsfragen der leistenden Verwaltung. Stuttgart 1959

- Forsthoff, Ernst Die Daseinsvorsorge und die Kommunen.
abgedruckt in: Rechtsstaat im Wandel.
S.111 ff.. Stuttgart 1964
- derselbe Stadt und Bürger in der modernen In-
dustriegesellschaft. Göttingen 1965
- derselbe Begriff und Wesen des sozialen Rechts-
staats, in VVDStRL, Heft 12
- derselbe Der Staat der Industriegesellschaft,
2. (unveränderte) Auflage, München
1971
- Friauf, Karl Heinrich Zur Rolle der Grundrechte im Interven-
tions- und Leistungsstaat, in: DVBl.
1971, 674-682
- Gaedke, Jürgen Benutzungszwang für kommunale Bestattungs-
einrichtungen? in BayVB1.1971, S.290 f.
- Gaentzsch, Günter Wohnungsvermittlung - eine kommunale
Aufgabe? in: Der Städtetag 1971, .
S.192-194
- Gallwas, Hans-Ullrich Faktische Beeinträchtigungen im Bereich
der Grundrechte, Schriften zum öffent-
lichen Recht. Bd.126. Berlin 1970
- Gönnenwein, Otto Gemeinderecht. Tübingen 1963
- Günther, Heinz Die Stadt als Wohnungsmakler, in:
Die Demokratische Gemeinde 1972.
S.130-131
- derselbe Vergessene Reform zum "Wohnungsmarkt",
in: Die Demokratische Gemeinde 1973,
S.14-16
- Gutenberg, Erich Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre,
Bd.I, 8./9.Aufl., Berlin-Göttingen-Hei-
delberg 1963

- Grasser, Walter Totenbestattung als öffentliche Aufgabe, in BayVB1. 1972, S.291-293
- Gröttrup, Hendrik Die kommunale Leistungsverwaltung, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1973
- Häberle, Peter "Leistungsrecht" im sozialen Rechtsstaat, in Festschrift für Günther Küchenhoff, Bd.II, S.453-474, Berlin 1972
- Häuser, Karl Volkswirtschaftslehre, Frankfurt a.M.-Hamburg 1967
- Hegel, Hermann Die Unterbringung Obdachloser in privaten Räumen, Heft 29 aus der Reihe Verwaltung und Wirtschaft, Stuttgart 1963
- Helmreich, Karl Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, 9.Aufl., München 1971
- Widmann, Julius
- Herbig, Gottfried Die öffentlichen Einrichtungen im sozialen Rechtsstaat der Gegenwart, Berlin 1970 (= Band 44 der Schriftenreihe der Hochschule Speyer)
- Herzog, Roman Der demokratische Verfassungsstaat in Deutschland
in: JuS 1969, S.398 ff.
- derselbe Grundrechte und Gesellschaftspolitik, in: Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch, Berlin 1968, S.63 ff.
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 5.Aufl., 1972
- derselbe Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (Hrsg. Ernst Forsthoff, S.557-588, Darmstadt 1968

- Heuser, Ernst Handbuch für die Kommunalverwaltung
Geiger, Heribert in Bayern, Band 1 (einschließlich
3.Ergänzungslieferung) Wiesbaden 1967
- Hölzl, Josef Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar,
5.Aufl., Stand: 31.Juli 1972
- Hoffmann, Wilfried Kommunale Wohnungsvermittlungsbüros,
in: Die Demokratische Gemeinde 1971,
S.346-347
- Holtgrave, Walter Kommentar zum Gesetz über den Abbau
der Wohnungszwangswirtschaft und über
ein soziales Miet- und Wohnrecht, Ber-
lin und Frankfurt a.M. 1960
- Huber, Ernst Rudolf Rechtsstaat und Sozialstaat in der
modernen Industriegesellschaft, in:
Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlich-
keit (Hrsg. Ernst Forsthoff), S.587-618,
Darmst-dt 1968
- Hueck, Adolf Der Sozialstaatsgedanke in der Recht-
sprechung des Bundesarbeitsgerichts, in:
Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlich-
keit (Hrsg. Ernst Forsthoff, S.411-430,
Darmstadt 1968
- Hüttl, Adolf Gemeindliche Versorgungsbetriebe und
wirtschaftliche Unternehmen, in: DOV
1958, S.198-201
- derselbe Zur Auslegung des Rechts, besonders des
Öffentlichen Rechts - Bahnt sich eine
Wandlung des Rechtsstils an? in DVbl.
1965, S.61-65
- Isensee, Josef Subsidiaritätsprinzip und Verfassungs-
recht, Berlin 1968 (Schriften zum öf-
fentlichen Recht, Bd.80)

- Jaspers, Karl Die geistige Situation der Zeit
(1971), 2.unveränderter Abdruck der
1932 bearbeiteten 5.Auflage, Berlin 1949
- Jecht, Hans Die öffentliche Anstalt, Berlin 1963
- Jellinek, Walter Verwaltungsrecht, 3.Aufl., Offenbach
1948
- Jörrissen, Franz Die Wohnungszwangswirtschaft, Köln 1930
- Jörg, Werner Das Recht auf Wohnung des Wohnungs-
suchenden und seine Verwirklichung,
Jur.Diss., München 1950
- Kalkbrenner, Helmut Die rechtliche Verbindlichkeit des
Subsidiaritätsprinzips, in Festschrift
für Günther Küchenhoff, Bd.II, S.515-
539, Berlin 1972
- v. Kahr, Gustav Bayerische Gemeindeordnung, Bd.II,
München 1898
- Klein, Hans H. Die Teilnahme des Staates am wirt-
schaftlichen Wettbewerb, Stuttgart,
Berlin, Köln, Mainz 1968
- Klein, Hans H. Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe,
in: DOV 1965, S.755 ff.
- Knemeyer, Franz-Ludwig Die öffentlichen Einrichtungen der
Gemeinden, Stuttgart, München, Hannover
1972

- Köhler, Johannes Die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden in Bayern, München 1961
- Köttgen, Arnold Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber Stuttgart 1957
- derselbe Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung, Bd.34 der Göttinger Rechtswissenschaftlichen Studien, Göttingen, 1961
- derselbe Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Bd.I, S.577-618, Karlsruhe 1960
- Kopp, Otto Zum Begriff "wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde", in BayVB1.1967, S.159-161
- Korte, Heinz Die Aufgabenverteilung zwischen Gemeinde und Staat unter besonderer Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips, VerwArch 1970, S.3 ff., 141 ff.
- Krämer, Peter H. Die bürgerschaftliche Selbstverwaltung unter den Notwendigkeiten des egalitären Sozialstaats, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd.128, Berlin 1970
- Kratzer, Jakob Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung, in BayVB1.62, S.133-134
- Küchenhoff, Günther Ist die Wohnungsvermittlung durch Gemeinden zulässig? Unveröffentlichtes Rechtsgutachten, Würzburg 1972

- derselbe Staatsverfassung und Subsidiarität, in
Bd.II der Sammlung "Pliteia", Veröffentlichungen des Internationalen Instituts
für Sozialwissenschaft und Politik,
Freiburg/Schweiz, Heidelberg 1953, S.67
ff.
- Kühn, Wolfgang Das Prinzip der Allzuständigkeit der
Gemeinden, Jur.Diss., Münster 1971
- Labs, Walter Kommunale Verkehrsbetriebe, in
HKWP III, S.702-740
- Larenz, Karl Methodenlehre der Rechtswissenschaft,
2.Aufl., Göttingen, Heidelberg 1969
- Lerche, Peter Die Gemeinden in Staat und Gesellschaft
als Verfassungsproblem, in: Buch Deut-
scher Gemeinden, S.9 ff.
- derselbe Verfassungsfragen um Sozialhilfe und
Jugendwohlfahrt, Rechtsgutachten zur
Verfassungsmäßigkeit des BSHG u.a.,
Berlin 1963
- derselbe Öffentlich-rechtliche Fragen privater
Kabelfernsehveranstaltungen, Gutachten
1969 (nunmehr veröffentlicht unter
Rundfunkmonopol, Berlin-Frankfurt/Main
1970)
- Mang, Johann Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern,
Maunz, Theodor 3.Aufl., München 1968
- Mayer, Franz
- Obermayer, Klaus
- v.Mangoldt, Hermann Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd.I,
Klein, Friedrich 2.Aufl., Berlin, Frankfurt a.M. 1957,
Bd.II, 2.Aufl., Berlin, Frankfurt a.M.
1964

- | | |
|------------------------------|--|
| Maunz, Theodor | Die Grenzen der Betätigung öffentlicher Rundfunkanstalten, in DVBl. 1974, S.1-7 |
| Maunz, Theodor | Kommentar zum Grundgesetz, 3.Aufl., München u.a. 1968 |
| Dürig, Günter | |
| Herzog, Roman | Band I: Stand Dezember 1971
Band II: Stand Dezember 1973 |
| Martens, Wolfgang | Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Hom-
burg v.d.H.-Berlin-Zürich 1969 |
| Masson, Christoph | Beschränken die Art.75 ff. BayGO über-
haupt die gemeindliche Daseinsvorsorge?
in: BayVB1.1956, S.327-329 |
| Masson, Christoph | Bayerische Kommunalgesetze, Kommentar,
München 1971, Stand: Februar 1974 |
| Samper, Rudolf | |
| Mayer, Otto | Verwaltungsrecht, Bd.2. 3.Aufl.. Leipzig
1924 |
| Meder, Theodor | Handkommentar zur Verfassung des Frei-
staates Bayern, München 1971 |
| Mestmäcker, Ernst
Joachim | Die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen
und privatrechtlichen Handeln im Wettbe-
werbsrecht, in: NJW 1969, S.2 ff. |
| von Münch, Ingo | Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidia-
ritätsprinzip, in: JZ 1960, S.303-306 |
| Nawiasky, Hans | Kommentar zur Bayerischen Verfassung,
2.Aufl., München 1971 |
| Leusser, Carl | |
| Gerner, Erich | |
| Schweiger, Karl | |
| Zacher, Hans | |
| Ossenbühl, Fritz | Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivat-
recht, in DÖV 1971, S.513-524 |
| Pagenkopf | <u>Kommunalrecht</u> , Köln, Berlin, Bonn, Mün-
chen 1971 |

- derselbe Die Öffentliche Hand in der Privatwirtschaft, in: Kommunale Umschau 1931, S.217 ff.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 27.Aufl., München 1968
33.Aufl., München 1974
zitiert: Palandt-Bearbeiter
- Partsch, Karl-Josef Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, in: Festschrift für C.Bilfinger, Köln-Berlin 1954, S.301 ff
- Peters, Hans Die kommunale Selbstverwaltung und das Subsidiaritätsprinzip, in: AfK 1967 (6.Jahrgang), S.5-24
- Peters, Hans Handbuch der kommunalen Wissenschaft (Herausgeber) und Praxis, 3.Bände, Berlin, Göttingen, Heidelberg, Bd.I, Bd.II, Bd.III
zitiert: Verfasser, HKWP, Band, Seite
- Peters, Hans Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für Nipperdey, Bd.II, München-Berlin 1965, S.877 ff.
- Püttner, Günter Das Recht der kommunalen Energieversorgung, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
- derselbe Die Öffentlichen Unternehmen, Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der Öffentlichen Hand, Berlin, Zürich, Bad Homburg v.d.H. 1969
- derselbe Unerlaubter Wettbewerb der öffentlichen Hand, in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Jahrgang 66 (1964), S.359 ff. (GRUR 1964)

- Redemann, Eberhard Regelung der Wohnungsvermittlung, in:
Der Betrieb 1972, S.125-127
- Rinken, Alfred Das Öffentliche als verfassungstheo-
retisches Problem, Berlin 1971
- Rocke, Burghard Rechtsfragen der kommunalen Wohnungs-
vermittlung, in DVBl. 1973, S.398-404
- Roquette, Hermann Wohnraumbewirtschaftungsgesetz, Kommen-
tar, Tübingen 1953
- v. Rosen-v.Hoewel,
Harry Gebühren, Beiträge, Hand- und Spanndien-
ste, in: HKWP III, S.454-480
- Rüfner, Wolfgang Formen Öffentlicher Verwaltung im Be-
reich der Wirtschaft, Berlin 1967
- Rzepka, Walter Amtshaftung bei Verletzung der Straßen-
verkehrssicherungspflicht, in: BayVBl.
1969, S.302 ff.
- Sailer, Christian Ist die kommunale Wohnungsvermittlung
unzulässig? in: BayVBl. 74, 549 ff.
- Scholz, Rupert Wesen und Entwicklung der gemeindlichen
Öffentlichen Einrichtungen (Schriften
zum Öffentlichen Recht, Bd.52), Berlin
1966
- derselbe Wettbewerb der Öffentlichen Hand -
Sanktions- und Rechtswegprobleme
zwischen Öffentlichem Recht und Privat-
recht, in: NJW 1974, 781-782
- Samper, Rudolf Rechtsgrundlagen der gemeindlichen Ob-
dachloseneinweisung, in BayVBl.74, S.8-9
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno Kommentar zum Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland, 3.Aufl., Neuwied
und Berlin 1973
- Klein, Franz

- Schräder, Hildegard Kommunale Sozialpolitik, in: HKWP II, S.265-281
- Schricker, Helmut Wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand und Unlauterer Wettbewerb. München 1964
- Siedentoof, Heinrich Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft, Schriftenreihe der Westfälischen Wirtschaftsakademien, Heft 30, Stuttgart 1963
- Stern, Klaus Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Zweitbearbeitung von Art.28 GG, 13.Lieferung, Hamburg 1964
- derselbe Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung, in BayVBl. 1962, S.129-133
- Stern, Klaus
Burmeister, Joachim Die kommunalen Sparkassen, Stuttgart 1972
- Stern, Klaus
Püttner, Günter Die Gemeindewirtschaft, Recht und Realität, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965
- Surén, Friedrich-Karl Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik, Bd.II, Gemeindewirtschaftsrecht, Köln, Berlin, München, Bonn 1960
- Tschira Die wichtigsten Änderungen des Bayerischen Straßen und Wegegesetzes, in BayBgm 68, 133
- Ule, Carl Hermann Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S.309 ff., München 1955
- Vogel, Richard Kommunale und private Betätigung im Bestattungswesen, in BavVBl.73,S.368-374

- Weber, Max Wirtschaft und Gesellschaft, 1.Halbbd.
3.Aufl., Tübingen 1947
- Wicher, Gerhard Die geeignete Unternehmensform für wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden und Gemeindeverbände, Jur.Diss. Münster 1963
- Wolff, Hans J. Verwaltungsrecht, 3 Bände
VR I, 8.Aufl., München 1971
VR II, 3.Aufl., München 1970
VR III, 3.Aufl., München 1973
- derselbe Rechtsformen gemeindlicher Einrichtungen.
in: AtK 1963 (2.Jahrgang), S.149 ff.
- Wolff, Max J. Zwangswirtschaft und Wohnungswesen,
Berlin 1929
- Zacher, Hans Friedrich Zur Rechtsdogmatik sozialer Umverteilung
in DOV 1970, S.3-14
- derselbe Die Wirtschafts- und Sozialordnung der Bayerischen Verfassung, in BayVBl.73, S.57-62
- Zeiß, Friedrich Das Eigenbetriebsrecht der gemeindlichen Betriebe, 2.Aufl., Stuttgart 1970
- derselbe Die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe als wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde nach den deutschen Gemeindeordnungen, in DOV 1958, S.201-205
- Zuck, Rüdiger Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, München 1968

Quellenangaben

- Organisationsmodell für eine städtische Wohnungsvermittlungsstelle; Anlage zum Protokoll des Beschlusses der Vollversammlung des Münchner Stadtrates vom 8.Nov.1972, betreffend den Antrag Nr.245 der Stadtratsfraktion der SPD (nicht veröffentlicht)
- Sitzungsprotokoll der 44.Sitzung des Ausschusses für Verfassungs-, Rechts- und Kommunalfragen im Bayerischen Landtag vom 7.3.1972 (nicht veröffentlicht)
- Stenographische Berichte über die Sitzungen des Bayerischen Landtages zitiert nach Legislaturperiode, Heft-Nr. und Seite
- Verpflichtungserklärung (Wohnungsvermittlungsstellen München); Vordruck mit allgemeinen Vermittlungsbedingungen und der Verpflichtung zur Zahlung einer Vermittlungsgebühr
- Verwaltungsorganisation der Gemeinden, schaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung, Teil I (Aufgaben- gliederungsplan) veröffentlicht von der kommunalen Gemeinschaft Köln 1967
- Vormerkung des Bayerischen Innenministeriums vom 8.Juli 1973, die kommunale Wohnungsvermittlung in Bayern betreffend, Aktenzeichen: I B 4-3036-17/4 (nicht veröffentlicht)

Zitierweise

1. Veröffentlichungen in Zeitschriften:
Verfasser, Zeitschrift, Jahr, Seite
2. Veröffentlichungen in Sammelwerken:
Verfasser, Werk, Seite; bzw.
Verfasser, Titel des Beitrags, Seite.
3. Im übrigen wird nach Verfassern und unmißverständlichen
Kurztiteln zitiert, die durch Unterstreichung im
Literaturverzeichnis kenntlich gemacht sind.

Abkürzungsverzeichnis

a.A., A.A.	Anderer Ansicht
a.a.O.	Am angegebenen Ort
Abg.	Abgeordneter
Abs.	Absatz
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AGStPO	Ausführungsgesetz zur Strafprozeß- ordnung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BadWüGO	Baden-Württembergische Gemeindeordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayBgm	Der Bayerische Bürgermeister
BayBS	Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BayLT	Bayerischer Landtag
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerf	Bayerische Verfassung
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Betr.	Der Betrieb
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof

BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
Drs.	Drucksache
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
ebd.	ebenda
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EigBetrVO	Eigenbetriebsverordnung
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FN, Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GVB1.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hdb.	Handbuch
HessGO	Hessische Gemeindeordnung
HGB	Handelsgesetzbuch

HKWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
h.M.	herrschende Meinung
i.d.F.	in der Fassung
InnenMin	Innenministerium
JA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
lt.	laut
LWO	Landeswohnungsordnung
m.a.W.	mit anderen Worten
MBliV	Ministerialblatt für die preußische Innere Verwaltung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NdsGO	Niedersächsische Gemeindeordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NrwG	Nordrhein-Westfälische Gemeindeordnung
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungs- gerichte
PrGS, PreußGS	Preußische Gesetzessammlung
Rdnr., Rdnrn.	Randnummer, Randnummern
resp.	respektive
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhpfgO	Gemeindeordnung für Rheinland-Pfalz
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite, Satz

SaarGO	Saarländische Gemeindeordnung
SchlHGO	Schleswig-Holsteinische Gemeinde- ordnung
sog.	sogenannt (e,r)
SpKG	Sparkassengesetz
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VR	Verwaltungsrecht
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VWL	Volkswirtschaftslehre
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WBewG	Wohnraumbewirtschaftsgesetz
WohnBauG	Wohnungsbaugesetz
WohnBindG	Wohnungsbindungsgesetz
WohngeldG	Wohngeldgesetz
WVG	Wohnungsvermittlungsgesetz
z.B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung

Mit der Einrichtung kommunaler Wohnungsvermittlungsstellen erbringen seit kurzer Zeit einige Gemeinden in Bayern und anderen Bundesländern einen "Bürgerservice" ¹⁾, den bisher ausschließlich private Makler in diesem Umfang geleistet haben. Der Nachweis von Wohnraum durch Gemeinden und Gemeindeverbände ²⁾ ist seit langem bekannt, war jedoch bisher auf den Bereich des sozialen Wohnungsbaues und der zwangsweisen Wohnraumbewirtschaftung ³⁾ beschränkt.

Neu ist, daß die kommunalen Wohnungsvermittlungsstellen eine Alternative zu privaten Maklern bieten sollen. Die Gemeinden treten dadurch in Konkurrenz zum privaten Gewerbe, ohne die geläufigen Aspekte der öffentlichen Fürsorge in den Vordergrund zu rücken.

Untersuchungen über diese neue kommunale Veranstaltung sind im juristischen Schrifttum bisher kaum angestellt worden ⁴⁾, obwohl in der Tagespresse eine beachtliche Diskussion über dieses Thema entbrannt ist ⁵⁾.

Über die Grenzen gewerblicher Betätigung der Gemeinden liegt allerdings ein umfangreiches Schrifttum vor ⁶⁾. Keinesfalls ist aber die Diskussion über Zulässigkeit und Form gemeindlicher Dienstleistungen abgeschlossen ⁷⁾. Sie wird im Gegenteil immer dann erneut einsetzen müssen, wenn die Palette gemeindlicher Aktivitäten eine neue Schattierung erhält.

1) Bayer, Staatszeitung vom 11. August 1972, S.3.

2) Fischer-Dieskau, WohnBindG, § 4 Anm.5; Ehrenforth, Zweites WohnBauG, § 75 Anm.2a.

3) Fischer-Dieskau, aaO.; Bettermann-Haarmann, Wohnungsrecht, S.88; vgl. auch vom 20.X.65, GVBl. S.308.

4) Soweit ersichtlich nur Rocke, DVBl. 73, 398 ff. und G.Küchenhoff, Gutachten (nicht veröffentlicht); sowie kürzlich Sailer, BayVBl. 74, 549 ff.

5) Vgl. Nachweise bei Rocke, DVBl. 73, 398 sowie "Der Spiegel" vom 23. April 1973, S.26 ff.; Süddeutsche Zeitung vom 10.1.72, S.14; dieselbe vom 5.10.71, S.16; Münchner Stadtanzeiger vom 8.2.74, S.12.

6) Statt vieler Stern-Püttner, Gemeindevirtschaft.

7) Zuletzt BVerwG BayVBl. 73, 49 ff.

Die Frage nach der Zulässigkeit kommunaler Wohnungsvermittlung steht nicht nur im Widerstreit zwischen Selbstverwaltungsrecht und den rechtlichen Interessen der Privatwirtschaft.

Sie ist vor allem eine Frage danach, ob es gerechtfertigt erscheint, daß Hoheitsträger Aufgaben an sich ziehen, die vorher durch Private erfüllt worden sind. Sie muß ferner das Problem streifen, ob und inwieweit die Ziele der Tagespolitik auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechtes realisierbar sind.

Die folgende Betrachtung beschäftigt sich mit den rechtlichen Problemen dieser Neuerung. Dabei wird in erster Linie die Rechtslage in Bayern untersucht werden, sah sich doch der bayerische Gesetzgeber vor kurzem veranlaßt, die für die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zentrale Vorschrift des Art.89 BayGO ⁸⁾ um einen Zusatz zu ergänzen ⁹⁾, der es unter bestimmten Voraussetzungen den Gemeinden gestattet, Wohnungen zu vermieten ¹⁰⁾.

8) Art.89 BayGO ist gleichlautend mit dem bisherigen Art.75; die Umnumerierung erfolgte durch das seit 1.1.74 geltende Gesetz zur Neuordnung des kommunalen Haushaltsrechts.

9) Gesetz zur Änderung der BayGO vom 21.3.72, vgl. Stenographische Berichte BayLT 7/37, S.1944.

10) Art.89 Abs.3 S.3 BayGO.

1. Abschnitt: Geschichtliche Entwicklung und Begriff der kommunalen Wohnungsvermittlung

§ 1 Wohnungsvermittlung im Rahmen gemeindlicher Agenden

I. Geschichtliche Entwicklung kommunaler Dienstleistungen

1. Allgemeine Entwicklung

Die auf dem Sozialstaatsprinzip basierende Tendenz zum Wohlfahrtsstaat ¹⁾ brachte ein Anwachsen der gemeindlichen Aufgaben mit sich ²⁾.

Dies gilt nicht nur für den Bereich ordnender Tätigkeiten, sondern vor allem für die Versorgung der Bevölkerung mit Gütern oder Dienstleistungen.

Die Gemeinden paßten sich den spezifischen Bedingungen des Industriezeitalters an, indem sie wirtschaftliche, kulturelle und soziale Einrichtungen zur Verbesserung der Lebensverhältnisse ihrer Einwohner schufen ³⁾. Grundlage für ein starkes Engagement der Gemeinden war in erster Linie die Positivierung kommunaler Selbstverwaltung zu Beginn des 19. Jahrhunderts ⁴⁾. Außerdem bewirkte nicht zuletzt ihre Sachnähe, daß die Kommunen stets Wegbereiter auf dem Gebiet der Versorgungseinrichtungen ⁵⁾ wie auch der Leistungsverwaltung im allgemeinen waren.

-
- 1) Zacher, BayVBl. 73, 57 f.; Häberle, Leistungsrecht, S.467; Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.40 ff.
 - 2) Scholz, Einrichtungen, S.34 ff., insbesondere S.42 ff.; Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.13 ff.; Herbig, Einrichtungen, S.136 ff.; Donhauser, Gemeindliche Zusammenarbeit, S.14.
 - 3) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.56, spricht von der "Trias" der Gemeindeeinrichtungen als einem Charakteristikum der Gemeindeverwaltungen.
 - 4) Stern-Püttner, Gemeindevirtschaft, S.13; Becker, HKWP Bd.I S.83 ff., S.87 f.; Gönnerwein, Gemeinderecht, S.12 ff.
 - 5) Herbig, Die öffentlichen Einrichtungen, S.136 ff.; Forsthoff, Stadt und Bürger, S.12; Wolff, VR III, S.151

Mit gewissen Einschränkungen sind sie es auch noch heute, nämlich vor allem dann, wenn auf Grund soziologischer und damit zusammenhängender politischer Entwicklungen neue Aufgabenbereiche entstehen bzw. erkannt werden. Gerade das Erkennen der Notwendigkeit neuer, allgemein nützlicher Einrichtungen spielt sich in Bürger-nähe, gewissermaßen auf der untersten Verwaltungsebene ab. So liegt und lag die Möglichkeit des ersten Zugriffs häufig bei den Gemeinden.

Die Notwendigkeit eines immer stärker werdenden Engagements der Kommunen ist Folge einer allgemeinen, auch auf höherer Verwaltungsebene eingetretenen Entwicklung, deren Kennzeichen eine umfassender gewordene Abhängigkeit des einzelnen von staatlichen Leistungen aller Art ist ⁶⁾. Industrialisierung und Bevölkerungsexplosion tragen dazu bei, daß der einzelne - seinem früheren Lebensraum entrückt - faktisch nicht mehr in der Lage ist, seine Bedürfnisse nach freier Wahl und Entscheidung ⁷⁾ zu befriedigen. Forsthoff vor allem folgerte daraus, daß nicht mehr wie im bürgerlichen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts der einzelne mit dem Risiko mangelnder Versorgung belastet werden dürfe. Vielmehr sei dieses Risiko auf die Gemeinschaft übergegangen ⁸⁾.

Das heißt nicht, daß der Staat oder die kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften das Versorgungsrisiko allein zu tragen hätten oder nur allein tragen dürften. Die gedankliche Konzeption des liberalen Wirtschaftssystems gestattete es dem Hoheitsträger gar nicht, sich

6) Forsthoff, Rechtsfragen, S.26; Wolff, VR III, S.153; Pagenkopf, Kommunalrecht, S.331.

7) Forsthoff, Rechtsfragen, S.36.

8) Forsthoff, aaO., S.37; ders., Stadt und Bürger, S.23 f.; ders., Rechtsstaat, S.113; H.H. Klein, Teilnahme, S.17; ähnlich auch E.R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, S.596 ff. und S.610.

auf allen Gebieten der Versorgung oder Dienstleistung zu betätigen⁹⁾. Dieser Grundsatz erfuhr im Laufe der Entwicklung und Ausprägung der Sozialstaatsziele wesentliche Einschränkungen.

Zwar hat bis zum heutigen Tage die Privatwirtschaft erheblichen Anteil¹⁰⁾ an der Daseinsvorsorge¹¹⁾, jedoch zeigte sich auch, daß die Privatwirtschaft manche Aufgaben nicht oder nur ungenügend erfüllt(e)¹²⁾. Das auf Wirtschaftlichkeit und Gewinnmaximierung¹³⁾ gebaute Wirtschaftssystem zeigte (und zeigt) stets dann Motivationslücken, wenn es um die Erfüllung von Aufgaben geht, die zwar der Allgemeinheit nützlich, unter Umständen für sie lebensnotwendig sind, dem Initiator aber keinen Gewinn¹⁴⁾ oder unverhältnismäßig hohe Kosten in Aussicht stellen¹⁵⁾.

Dem Hoheitsträger kommt in diesen Fällen eine Komplementärfunktion¹⁶⁾ zu, die in manchen Fällen mit der Rolle eines "Lückenbüßers" vergleichbar ist¹⁷⁾.

Die geschichtliche Entwicklung verdeutlicht, wie sich diese Konstellation ausprägte, wie vor allen anderen die Gemeinden in diese Komplementärfunktion hineinwuchsen.

Die Industrialisierung bewirkte eine Abwanderung aus der Landwirtschaft, eine Abkehr von autarken Lebensräumen¹⁸⁾; es entstanden Ballungsräume, Problemzentren der heutigen Tage, in denen die allgemeine Tendenz der

9) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.13.

10) Börner, BayVBl. 71, 407; H.H. Klein, aaO., S.18.

11) Forsthoff, Rechtsfragen, S.27 ff. hat diesen Begriff geprägt; vgl. auch Wolff, VR III S.152; Badura, DÖV 66, 624; Emmerich, JuS 70, 332 u.a.

12) Stern-Püttner, aaO., S.13 f.; Becker, HKWP Bd.I, S.91 f.

13) Häuser, VWL S.184.

14) Man denke an das Problem der defizitären Nebenstrecken der Bundesbahn, vgl. BVerfGE 11, 184.

15) Die aktuellen Probleme der Beseitigung schädlichen Industriemülls verdeutlichen das in eindrucksvoller Weise.

16) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.67.

17) Vgl. FN 14.

18) Herbig, Die öffentlichen Einrichtungen, S.69.

Güterverknappung ¹⁹⁾ noch stärker in Erscheinung trat. Hinzu kamen die technischen Erleichterungen moderner Zivilisationsgemeinschaften, gepaart mit dem verstärkten Anspruch aller, an ihnen teilzuhaben.

Die Bedürfnisse wuchsen - objektiv betrachtet - ²⁰⁾.

Vor allem die größeren Kommunen paßten sich zunächst dieser Entwicklung an ²¹⁾.

Bereits zu Beginn des 19.Jahrhunderts entstanden Städtische Sparkassen ²²⁾. 1849 wurde die planmäßige Versorgung mit Trinkwasser eingeleitet ²³⁾ und vor allem in der zweiten Hälfte des 19.Jahrhunderts fortgeführt.

Es folgten gemeindliche Schlachthäuser ²⁴⁾, Gaswerke, Energieversorgungsunternehmen ²⁵⁾ und Verkehrsbetriebe ²⁶⁾.

Diese Tätigkeiten waren bis dahin von privaten Unternehmern ausgeführt worden, die zum Teil auch Gewinne erzielten ²⁷⁾.

Noch vor dem Ersten Weltkrieg erreichte die gemeindliche Betätigung auf dem Gebiet der Versorgung und Dienstleistung erheblichen Umfang ²⁸⁾. Während des Ersten Weltkrieges zwang die allgemeine Not vor allem wiederum die Gemeinden, die Bevölkerung mit Gütern aller Art zu versorgen ²⁹⁾.

19) Forsthoff, Rechtsfragen, S.36; v.Kahr, Gemeindeordnung, Bd.II, S.453.

20) Köttgen, aaO., S.55.

21) Köttgen, ebenda.

22) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.13.

23) Hamburg machte den Anfang, vgl. H.H.Klein, Teilnahme, S.63; vor dem 19.Jahrhundert hatten u.a. Leipzig und Frankfurt allgemeine Wasserversorgungsanlagen, Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.17.

24) H.H.Klein, Teilnahme, S.64; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.18; Scholz, Einrichtungen, S.65.

25) Püttner, Energieversorgung, S.13.

26) Labs, HKWP III, S.702 ff.

27) H.H.Klein, Teilnahme, S.65; Wicher, Unternehmensform, S.6.

28) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.25; Pagenkopf, Kommunalrecht, S.331.

29) Wicher, Unternehmensform, S.6; Pagenkopf, Kommunalrecht, S.331.

Die Kommunalisierungstendenzen nach 1918, oft als Gemeindesozialismus ³⁰⁾ oder Munizipalsozialismus ³¹⁾ bezeichnet, drückten nur politische Intentionen aus; zu einer wesentlichen Erweiterung gemeindlicher Aktivitäten führten sie nicht ³²⁾. Vielmehr wurde gegen Ende der Weimarer Zeit eine gegenläufige Entwicklung bemerkbar. Es traten Vorschriften in Kraft, die der Ausweitung kommunaler Einrichtungen entgegenwirken sollten ³³⁾.

Insbesondere sind die §§ 67 ff. der DGO vom 30.1.1935 ³⁴⁾ zu nennen, deren Gehalt in den Gemeindeordnungen der Länder bis heute fortwirkt ³⁵⁾.

So trat eine wesentliche Erweiterung kommunaler Einrichtungen auch während und nach dem Zweiten Weltkrieg nicht ein.

2. Motivationen und heutiger Stand

Die Möglichkeit der Gewinnerzielung war nie eine anerkannte Rechtfertigung für das Betreiben einer kommunalen Einrichtung, gleich, ob es sich um ein wirtschaftliches Unternehmen oder eine andere Einrichtung handelte. Das heißt freilich nicht, daß die Kommunen nur solche Einrichtungen initiierten, die ohne Gewinnchancen waren ³⁶⁾. Erwirtschafteter Gewinn konnte und sollte anderen Einrichtungen zugute kommen, deren Betrieb defizitär war. Kriterium für die Rechtfertigung und gleichzeitig Motivation einer gemeindlichen Einrichtung war und ist der öffentliche Zweck ³⁷⁾. Hinter diesem unbestimmten Rechtsbegriff ³⁸⁾

30) Becker, HKWP I, S.91.

31) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.29.

32) Übersicht bei Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.31; Pagenkopf, Kommunalrecht, S.331.

33) Art.61 BayGO von 1927, GVBl. S.293; Dritte Notverordnung vom 6.10.1931, Teil V, Kap.VIII RGBl. I, S.537; Preussisches GemeindefinanzG vom 15.12.1933, PreußGS 1933, S.422; vgl. auch Pagenkopf, Kommunalrecht, S.332; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.32.

34) RGBl.I, S.49.

35) Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S.140; Rocke, DVBl.73, 398.

36) H.H.Klein, Teilnahme, S.81 ff.

verbergen sich verschiedene Motivationen, die einzeln - zumeist aber gehäuft - vorliegen können. Öffentlicher Zweck heißt verallgemeinert, daß dem Interesse der Einwohnerschaft gedient werden soll ³⁷⁾.

Was im Interesse der Einwohnerschaft liegt, läßt sich in der Regel nur im (örtlich umgrenzten) Einzelfall genau bestimmen ⁴⁰⁾.

Allerdings finden sich auch Kriterien, die zum festen Bestand der Kommunalwissenschaften geworden sind.

Fraglos gehört es zu den gerechtfertigten Zielsetzungen der Gemeinden im sozialen Rechtsstaat, sich fürsorgerisch zu betätigen. Als Beispiele seien hier genannt die Einrichtungen von Altenwohnheimen, Obdachlosenunterkünften und dergleichen ⁴¹⁾. Auch die Zielsetzungen der Gesundheitspolitik lassen sich ohne weiteres unter den Begriff öffentlicher Zweck bringen. Hier seien genannt die gemeindlichen Schlachthöfe, die Müllbeseitigung, die Friedhöfe, Krankenhäuser und nicht zuletzt Sportanlagen, öffentliche Bäder und Erholungsheime ⁴²⁾.

Ferner gehört die Wahrung der Pietät, die allgemeine Beachtung der guten Sitten zu den tragenden Motivationen, wie das am Beispiel der Leichenversorgung (im weiteren Sinn) erkennbar ist ⁴³⁾.

Eine weitere Motivation ergibt sich aus dem Gedanken, daß wirtschaftliche Macht in privater Hand zu willkürlicher Handhabung und letzten Endes zum Mißbrauch verleiten

37) Art.89 I Ziff.1 BayGO; § 67 DGO; Köttgen, DJT 1960, S.599; Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S.140 ff.; H.H.Klein, Teilnahme, S.81 ff.

38) H.H.Klein, Teilnahme, S.83.

39) Hölzl, BayGO, Art.75 Anm.2b aa.

40) BVerwG BayVB1. 73, 49 f. obiter dictum.

41) Herbig, Die öffentlichen Einrichtungen, S.29 f.

42) Dazu ausführlich Herbig, aaO., S.42 ff.; ebenso Stern-Püttner, aaO., S.17.

43) Dazu die Entscheidungen des BVerwG BayVB1. 71, 185 ff. und BayVB1. 73, 49 ff.; allgemein Stern-Püttner, aaO., S.16.

könnte, sei es, weil eine faktische Monopolstellung ausgenutzt wird oder sei es, weil höchst wichtige oder knappe Güter bzw. Dienste in Frage stehen, auf die der einzelne und letztlich die Allgemeinheit angewiesen ist ⁴⁴⁾.

Diesem Gedanken zufolge wurden bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts gemeindliche Leihämter eingerichtet, durch die man Wucher und Ausbeutung eindämmen wollte ⁴⁵⁾. Auch die Möglichkeit, Wasserversorgung und -entsorgung, Müllabfuhr und "ähnliche der Volksgesundheit dienende Einrichtungen" ⁴⁶⁾ als kommunale Einrichtungen regional zu monopolisieren ⁴⁷⁾, ist unter diesem Kriterium zu sehen, wenn es auch nicht das einzige ist ⁴⁸⁾. Interessant ist ferner der Hinweis Herbig's auf den Trend von der Fürsorge zur Vorsorge, von der Therapie zur Prophylaxe ⁴⁹⁾, der wohl den Betrieb aller öffentlichen Einrichtungen betrifft.

Insbesondere auf den Gebieten des Umweltschutzes, der Städteplanung, des Wohnungs- und Bodenrechts gewinnen gemeindliche Aktivitäten zur Unterstützung des Gesetzgebers an Bedeutung.

Inwieweit die kommunale Wohnungsvermittlung auf den Gebieten des Wohnungs- und Bodenrechts Wirkungen therapeutischer oder prophylaktischer Art erzeugen kann, wird an anderer Stelle noch auszuführen sein. Die den kommunalen Einrichtungen wie auch der leistenden Verwaltung ⁵⁰⁾ auf höherer Ebene vorgegebenen Motivationen sind im Grundtenor immer gleich geblieben.

44) Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.195; Püttner, Energieversorgung, S.37 ff.

45) Stern-Püttner, aaO., S.13 f.

46) Art.24 I Ziff.2 BayGO; für die übrigen Bundesländer vgl. Knemeyer, Einrichtungen, S.23.

47) Badura, Verwaltungsmonopol, S.120 ff.

48) Vgl. zu Schlachthöfen Stern-Püttner, aaO., S.18.

49) Herbig, Einrichtungen, S.110.

50) Zum Begriff vgl. statt vieler Wolff, VR I S. 18.

Das Anwachsen der Verwaltungsaufgaben entspricht nur der Ausweitung all der Probleme, die in einer industrialisierten Massengesellschaft linear zu deren Entwicklung auftreten, sich zumeist sogar aufstauen. Ein technisierter sozialer Rechtsstaat hat - offenbar zwangsläufig - die Tendenz zum Wohlfahrtsstaat ⁵¹⁾.

Das trifft vor allem deshalb zu, weil die Aufgaben, an deren Erfüllung ein kontinuierlich wachsendes Interesse der Allgemeinheit besteht, privaten Initiatoren über den Kopf wachsen. Das folgt aus einer faktischen Entwicklung, nicht aus einer rechtlichen ⁵²⁾.

Wenn die heutige Verwaltungsrechtslehre aus der Isolation liberalen Verwaltungsverständnisses zu neuen Erkenntnissen gelangen konnte ⁵³⁾, so ist das auch ein Verdienst der Rechtswissenschaft, in erster Linie jedoch ein Effekt des praktizierten sozialen Rechtsstaates.

Dem Anwachsen kommunaler Aufgaben liegen keine neuen, veränderten Motivationen zugrunde. Vielmehr wurden Zielsetzungen zum Teil verwirklicht, die politisch und verfassungsrechtlich schon vor Schaffung des geltenden Verfassungsrechts in der Anlage vorhanden waren.

In diesem Gesamtzusammenhang stellt die kommunale Wohnungsvermittlung nur einen kleinen Ausschnitt dar. Im folgenden soll geklärt werden, welche rechtspolitischen Motivationen hinter der Einrichtung kommunaler Vermittlungsstellen stehen, und welchen Umfang die gemeindliche Vermittlungstätigkeit vor allem in Bayern hat.

51) Eine in diesem Zusammenhang nicht uninteressante Frage ist es, ob die Tendenz zum Wohlfahrtsstaat von der verfassungsrechtlichen Konzeption überhaupt abhängt, oder ob sie vielmehr eine ganz allgemeine Entwicklung beschreibt, die ausschließlich eine Folge der Erhöhung und ständigen Maximierung des Lebensstandards ist. Badura, DÖV 66, 625 versteht den sozialen Staat als Staat (ständiger) sozialer Reform mit der Intention der Emanzipation.

52) Daß das rechtliche Verständnis allerdings von der faktischen Entwicklung geprägt wird, bedarf keiner Erörterung, wird aber oft vergessen.

53) Badura, DÖV 66, S.625 f.

II. Ziele und jüngste Entwicklung der kommunalen Wohnungsvermittlung

Man ist sich seit langem einig, daß auf dem Gebiet der Wohnungsvermittlung Mißstände herrschen ⁵⁴⁾. Schon vor hundert Jahren wurde das "üble Treiben der Makler" mit Sorge beobachtet ⁵⁵⁾.

Wohnungsknappheit und vor allem das Anwachsen der Mieten in den letzten Jahren haben nun das Augenmerk erneut auf die Makler gelenkt - zu spät, wie viele glauben ⁵⁶⁾.

Es wird Kritik an den überhöhten Maklerprovisionen geübt ⁵⁷⁾. Mit Recht wird behauptet, daß eine Vermittlungsgebühr von durchschnittlich zwei Monatsmieten ⁵⁸⁾ in keinem angemessenen Verhältnis zur Gegenleistung stehe.

Zudem wird bemängelt, daß die Koppelung von Gebühren an den Mietpreis Mieterhöhungen provozieren. Die Makler seien an höheren Mietpreisen daher auch so stark interessiert, daß sie die Vermieter zu Erhöhungen ausdrücklich animierten ⁵⁹⁾.

54) Seit Jahren wird versucht, den Zugang zum Maklerberuf von schärferen Voraussetzungen abhängig zu machen, bzw. das Maklergewerbe unter Aufsicht zu stellen. Ein umfassendes Maklergesetz ist zwar beabsichtigt, aber noch nicht verwirklicht. Allerdings hat der Gesetzgeber die Gewerbeordnung geändert (Art.34c GewO), sowie im MietrechtsverbesserungsG vom 4.11.71 (BGBI. I S.1745) einige Modalitäten der gewerblichen Vermittlung geregelt.

55) Günther, Die Demokratische Gemeinde 1973, S.14.

56) Im Vergleich mit der staatlich monopolisierten Arbeitsvermittlung wird von einer vergessenen Reform gesprochen, Günther, ebenda; Kronawitter, Sitzungsprotokoll der 44.Sitzung des Ausschusses für Verfassungs-, Rechts- und Kommunalfragen im Bayerischen Landtag am 7.3.72, S.10

57) Kronawitter, Stenographische Berichte des BayLT 7/34 vom 23.2.72, S.1759, führt das Beispiel an, daß in München die Vermittlungen einer Zweizimmerwohnung zwischen 800 und 1400 DM koste. Vgl. auch die Angaben bei Günther, Die Demokratische Gemeinde 1972, S.130, der eine Durchschnittsgebühr von 1300 DM für die Vermittlung einer Dreizimmerwohnung nennt, die 600 DM Miete kostet.

58) Bayer, Staatszeitung vom 11.8.72, Nr.32, S.3.

59) Beispiel bei Günther, Die Demokratische Gemeinde 1972, S.130; vgl. auch unten § 8 III.

Soziale Gesichtspunkte blieben bei gewerblicher Vermittlung völlig außer acht, vielmehr behandle man Wohnungen wie einen "x-beliebigen Markenartikel ohne jegliche Sozialbindung" ⁶⁰⁾.

Hinzu komme auch noch, daß die Makler in Gebieten großer Wohnungsknappheit, vor allem in Großstädten, eine Monopolstellung inne hätten, die zur krassen Ausnutzung individueller Notsituationen führen müsse. Nicht nur ein mit großer Mehrheit gefaßter Beschluß des SPD-Parteitages ⁶¹⁾, sondern auch Bürgerinitiativen ⁶²⁾ und Ergebnisse von Meinungsumfragen ⁶³⁾ zeugen davon, daß die Unzufriedenheit mit der gewerblichen Vermittlung von Wohnraum weite Kreise erfaßt hat.

Von diesen Tendenzen wurden auch die Gemeinden erfaßt.

Um den Mißständen auf dem Wohnungsmarkt durch flankierende Maßnahmen ⁶⁴⁾ zu begegnen, wurden zunächst versuchsweise ⁶⁵⁾ in einigen Städten Vermittlungsbüros eingerichtet oder schon bestehenden Vergabestellen für gemeindeeigene Wohnungen angegliedert ⁶⁶⁾. Die folgende Übersicht ⁶⁷⁾ stellt

60) Kronawitter, Stenographische Berichte 7/34, S.1759.

61) Vom 13.4.1973 (Antrag Nr.296): "Die Ausübung des Gewerbes zur Vermittlung von Grundstücken und Wohnungen ist gesetzlich zu unterbinden. Eine öffentliche Vermittlungsstelle ist einzurichten." Vgl. Rocke, DVBl. 73, 398; Zeitschrift "Der Spiegel" vom 23.4.73, Nr.17, S.26.

62) Z.B. die in Nürnberg mit großen Erfolgen tätige "Bürgerinitiative gegen Maklerwucher".

63) München: Stenographische Berichte 7/34 S.1759, kommunale Vermittlungsstelle lt. Auskunft des Vorsitzenden der dortigen "Bürgerinitiative gegen Maklerwucher" Schmidbauer.

Freiburg: Umfrage der "Sozialdemokratischen Bürgerinitiative" ergab bei den Bürgern durchweg positive Antworten, vgl. Hoffmann, Die Demokratische Gemeinde 71, 347.

64) Kronawitter, Stenographische Berichte des BayLT 7/34, S.1759.

65) Dafür spricht z.B. die abwartende Haltung bayr.Aufsichtsbehörden, vgl. Vormerkung des Bayr.InnenMin vom 2.7.73 Az.I B A - 3036 - 17/4; vgl. auch Günther, Die Demokratische Gemeinde, 72, 131.

66) So z.B. anfänglich in Erlangen.

67) Nach Günther, aaO., S.15 und Rocke, DVBl.73, 398 FN 4 sowie eigenen Recherchen.

die chronologische Reihenfolge dar, in der (auch außer-bayerische) Gemeinden bzw. Städte den neuen Service aufgenommen haben, soweit diese Zahlen bekannt sind:

März 1971	Darmstadt
April 1971	Offenbach
Oktober 1971	Nürnberg
Februar 1972	Stuttgart
März 1972	Bochum
Juli 1972	Heidelberg
Juli 1972	Essen
August 1972	Freiburg
Januar 1973	Würzburg
März 1973	München
April 1973	Penzberg
Mai 1973	Erlangen

Ferner betreiben derzeit noch Pinneberg, Wattenscheid, Hattingen, Husum, Lücke, Norderstedt, Kiel und Reinbek Vermittlungsbüros ⁶⁸⁾. Zahlreiche weitere Gemeinden planen deren Einrichtung ⁶⁹⁾.

Hinzu kommen noch all die Gemeinden, die seit dem Beginn der Wohnungsraumbewirtschaftung vor allem in den Nachkriegsjahren bis heute ohne Unterbrechung im Rahmen der konkreten Sozialhilfe Wohnungen vergeben. Dabei handelt es sich um gemeindeeigene Wohnungen oder Wohnungen gemeinnütziger Bauträger ⁷⁰⁾, sowie um öffentlich geförderten Wohnraum.

68) Günther, aaO., S.15; Rocke, aaO., S.398 FN 4.

69) Rocke, aaO., S.398 FN 3.

70) Rocke, aaO., S.398 FN 4.

Für die vorliegende Betrachtung ist in erster Linie die Situation in Bayern von Bedeutung. Gegenwärtig ⁷¹⁾ haben fünf Gemeinden Vermittlungsstellen eingerichtet. Es sind dies München, Nürnberg, Würzburg, Erlangen und Penzberg ⁷²⁾. Im einzelnen ist festzuhalten:

München ⁷³⁾

Es werden alle Wohnungen des freien Marktes vermittelt. Die Vermittlung erfolgt mit Hilfe einer EDV-Anlage; auch der Wohnungstausch ist mit einbezogen. Das Einkommen der Wohnungssuchenden spielt keine Rolle. Die Gebühr beträgt eine halbe Netto-Monatsmiete.

Nürnberg ⁷⁴⁾

Bis auf die Gebühr besteht kein Unterschied zu München. Die Gebühr beträgt 7 DM pro Raum, wobei sog. Nebenräume nicht eingerechnet werden.

Bis zur Änderung des Art.89 BayGO ⁷⁵⁾ wurden Wohnungen nur an Einkommensschwache im Sinne des § 35 des Zweiten WohnBauG vermittelt. Seit 1.Mai 1972 besteht diese Beschränkung nicht mehr.

Würzburg

Umfang und Kundenkreis wie München und Nürnberg. Die Gebühr beträgt hier zwischen 5 DM und 40 DM. Die Berechnung bestimmt sich nach Größe und Miethöhe.

Erlangen

Die Vermittlung freier Wohnungen an jedermann nimmt hier nur einen verschwindenden Bruchteil ⁷⁶⁾ der gesamten Wohnungs

71) Stand Juli 1973.

72) Augsburg und Dettingen planen Vermittlungsbüros, vgl. Vormerkung S.1.

73) Vgl. dazu die Stadtratsbeschlüsse vom 8.Nov.1972 und vom 3.Mai 1972, sowie Organisationsmodell.

74) Vgl. dazu Rocke, DVBl. 73, 398; Günther, Die Demokratische Gemeinde 73, 16; ders., Demokratische Gemeinde 72, 131.

75) Siehe oben S.2 FN 8.

76) Etwa 10% lt. Auskunft des zuständigen Sachgebietsleiters.

vergabe ein. In erster Linie werden hier Wohnungen der gemeindeeigenen Bauträgergesellschaften vergeben, wobei aber nicht von Wohnungsvermittlung im weiteren Sinn gesprochen werden kann. Auf Grund der geringen Mehrkosten wurde von einer Gebühr abgesehen ⁷⁷⁾.

Penzberg

Unbeschränkte Vermittlung. Auch hier fallen weder dem Vermieter noch dem Wohnungssuchenden Kosten an ⁷⁸⁾.

Die genannten Städte betreiben die Vermittlungsbüros nicht als abgetrennte Betriebe. Vielmehr sind die Büros der Stadtverwaltung eingegliedert und mit ohnedies zur Verfügung stehenden Sachbearbeitern besetzt ⁷⁹⁾.

Die rechtspolitischen Absichten sind klar. Die Gemeinden wollen in den Konkurrenzkampf eingreifen, um die Mechanismen der freien Marktwirtschaft für eine Verbesserung der Verhältnisse bei privater Vermittlung auszunutzen. Man verspricht sich, daß die Makler ihre Gebühren senken, mit besserem oder überhaupt mit Service aufwarten und aus ihren Reihen die "schwarzen Schafe" aussondern

-
- 77) Der Stadtrat von Erlangen wird allerdings erneut über die Kostenfrage entscheiden. Sofern die Vermittlung freier Wohnungen an jedermann zunehmen sollte, wird die Erhebung einer Gebühr in Erwägung gezogen.
- 78) Da auf Grund des geringen Umfangs der Vermittlungstätigkeit, vgl. Vormerkung InnenMin, S.2, keine ins Gewicht fallenden Mehrkosten entstehen, wurde von der Erhebung einer Gebühr abgesehen. (So die Auskunft des zuständigen Sachbearbeiters.)
- 79) In München ist die Stelle dem Sozialreferat angegliedert, in Erlangen dem Stadtverwaltungsreferat, in Nürnberg wurden ein Sachbearbeiter und zwei Hilfskräfte abgestellt (Vormerkung InnenMin, S.3), in Würzburg ein Sachbearbeiter (ebenda).

werden. Gleichzeitig aber soll der notstandsähnlichen Situation ⁸⁰⁾ der Wohnungssuchenden Rechnung getragen werden. Die Überzeugung, daß die privaten Rechte an Immobilien einer Neuorientierung bedürften ⁸¹⁾, scheint in Randbereichen der Praxis an Boden und an neuen Argumenten zu gewinnen. Ob kommunale Wohnungsvermittlungsstellen bei einer Neuorientierung letztlich Effekte zeigen oder nicht, kann die vorliegende Arbeit nicht beantworten, wenn auch politische Argumente in die Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit solcher Stellen eingebracht werden müssen.

80) Günther, Die Demokratische Gemeinde 73, 14.

81) Vgl. Beschluß des SPD-Parteitages vom 13.4.73 (Antrag Nr.296); dazu "Der Spiegel" vom 23.4.73 (Nr.17), S.26.

§ 2 Begriff und Abgrenzung

I. Notwendigkeit einer Differenzierung

Die einzige gesetzliche Vorschrift, die sich mit kommunaler Wohnungsvermittlung expressis verbis befaßt, ist Art.89 Abs.3 S.3 BayGO.

Die Vorschrift umschreibt allerdings nur die Grenzen, innerhalb derer die Gemeinden "Wohnungen vermitteln" dürfen. Was unter Wohnungsvermittlung zu verstehen ist, läßt Art.89 Abs.3 S.3 offen.

Die Aufgaben einer kommunalen Wohnungsvermittlungsstelle sind recht unklar in einem von der Stadt München erarbeiteten "Organisationsmodell" ¹⁾ umrissen.

Es heißt dort, daß kommunale Wohnungsvermittlungsstellen in möglichst weitem Umfang freie, bzw. frei werdende Wohnungen an Wohnungssuchende zu vermitteln haben ²⁾.

Diese Formulierung ist zu allgemein. Brauchbare Ansätze zu einer rechtlichen Beurteilung lassen sich aus ihr nicht gewinnen. Vergleichbare Stellungnahmen zur Klärung dieser Frage liegen nicht vor.

Was unter Vermittlung zu verstehen ist, wird offenbar als bekannt vorausgesetzt ³⁾. Ohne der rechtlichen Betrachtung mißverständlich vorzugreifen, kann an dieser Stelle schon zu bedenken gegeben werden, daß eine tatbestandliche Aufschlüsselung für die Beurteilung der Zulässigkeit von grundlegender Bedeutung ist. Der Begriff kommunale Wohnungsvermittlung ist zu komplex.

1) Drucksache, Anlage zum Protokoll des Beschlusses der Vollversammlung des Münchner Stadtrates vom 8.Nov.1972, in der die Einrichtung einer Wohnungsvermittlungsstelle beschlossen wurde.

2) Organisationsmodell, S.1.

3) Verwertbar ist (allerdings mit Einschränkungen) das Wohnungsvermittlungsgesetz vom 4.11.71, BGBl.I S.1745; val. dazu im Folgenden unter II.

Gemeint sein kann damit eine Fülle von Tätigkeiten, die der Tatbestand "Vermittlung" enthält. Es kann sich um den schlichten Nachweis einer Adresse handeln, oder aber auch um ein tätiges Mitwirken am Zustandekommen von Verträgen. Es kann darüber hinaus bedeuten, daß Kunden aufgeklärt und beraten werden. Auch hinsichtlich der Motive ist der Begriff neutral. Es können Gründe der öffentlichen Sicherheit ⁴⁾, der gesundheitspolizeilichen Vorsorge ⁵⁾, der Fürsorge und Wohlfahrtspflege ⁶⁾ oder der Deckung von Bedarfslücken ⁷⁾ ebenso gemeint sein wie solche der Preispolitik oder der Lenkung marktwirtschaftlicher Vorgänge ⁸⁾. Gerade von den tragenden Motivationen hängt aber die Zulässigkeit der Betätigung von Hoheitsträgern in erster Linie ab ⁹⁾. Es erleichtert die rechtliche Beurteilung, zunächst zwei Bereiche des Begriffs der kommunalen Wohnungsvermittlung zu trennen: Einmal ist der Tätigkeitsbereich der Vermittlungsstelle selbst, also die Art der Leistungserbringung, und zum anderen sind Benutzer, Objekte und Motive zu beschreiben.

4) Vgl. Samper, BayVBl. 74, 8.

5) Samper, BayVBl. 74, 8.

6) Z.B. Altenheime, Altenwohnheime, Jugendwohnheime, Studentenwohnheime, Flüchtlingslager, Gastarbeiterheime usw.; vgl. Herbig, Einrichtungen, S.28 ff.

7) Organisationsmodell, S.1 Ziff.1b.

8) Dies wird als eines der tragenden Motive der Einrichtung von Wohnungsvermittlungsstellen bezeichnet, vgl. Kronawitter, Stenographische Berichte, BayLT 7/34, S.1759.

9) Die kommunalen Betätigungen sind z.B. an den "öffentlichen Zweck" (Art.89 Abs.1 BayGO) oder "überwiegende Gründe des Gemeinwohls" (Art.24 I BayGO) gebunden; vgl. dazu allgemein Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.32.

II. Allgemeiner Umfang der Leistungen

Hinter dem Begriff Vermittlung können sich zwei typische Aktionsformen verbergen:

Einmal kommt der Nachweis für die Gelegenheit eines Vertragsabschlusses ¹⁰⁾ als Leistung des Vermittlers in Betracht. Dabei benennt der Vermittler lediglich Objekt und Vertragspartner, ohne auf das Zustandekommen des Vertrages einzuwirken.

Tritt zu dem Nachweis noch eine Tätigkeit des Vermittlers, welche die Vertragsbereitschaft des benannten Partners herbeiführt oder herbeiführen soll, so liegt Vermittlung im engeren Sinn vor ¹¹⁾.

Gemeinsames Kriterium beider Leistungen ist das Herbeiführen eines Vertrages zwischen dem Suchenden und einem Dritten. Ob der Vermittler zusätzliche Verhandlungen führt, um den Vertragsabschluß zu erleichtern, ist dabei nicht wesentlich. Entscheidend ist jedenfalls, daß der Vermittler die Möglichkeit zum Abschluß eines Vertrages eröffnet und dadurch einen notwendig-ursächlichen ¹²⁾ Beitrag zum Vertragsabschluß zwischen dem Suchenden und einem Dritten leistet. Ohne Bezug zum Vermittlungsobjekt stellt sich demnach die Vermittlung im wesentlichen als eine für den Vertragsabschluß kausale Kontaktherstellung dar.

§ 1 des Wohnungsvermittlungsgesetzes ¹³⁾ (WVG) definiert etwas genauer, vermag aber die eben genannten Grundsätze nicht zu detaillieren. So ist danach Wohnungsvermittler,

10) Palandt-Thomas, BGB (33.Aufl.), § 652 Anm.3a; Baumbach-Duden, HGB (20.Aufl.), § 93 Anm.5 A, 7 A.

11) Palandt-Thomas, BGB, § 652 Anm.3b.

12) Palandt-Thomas, BGB, § 652 Anm.4.

13) Art.9 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen, vom 4.11.71, BGBI. I, S.1745.

"wer den Abschluß von Mietverträgen über Wohnräume vermittelt oder die Gelegenheit zum Abschluß von Mietverträgen über Wohnräume nachweist" (§ 1 Abs.1). In Abs.2 und 3 sind die Vermittlungsobjekte näher erläutert. Danach gilt das WVG nicht bei Vermittlung von Fremdenzimmern, wohl aber werden auch Geschäftsräume in den Begriff Wohnraum mit einbezogen, die räumlich oder wirtschaftlich mit Wohnräumen zusammenhängen und auch zusammen vermietet werden.

Leistungen, die nur mittelbar mit der Herstellung des Kontaktes zu tun haben, wie z.B. fachliche Beratung über Fragen im Zusammenhang mit der Wohnungssuche ¹⁴⁾ oder Information über das gegenwärtige Wohnungsangebot hinsichtlich "Größe, Ausstattung, Preis, Lage etc." ¹⁵⁾, fallen gleichwohl in den (begrifflichen) Tätigkeitsbereich einer Wohnungsvermittlungsstelle. Sie stehen nicht nur in sehr engem Zusammenhang mit den Vermittlungsobjekten, sondern ermöglichen meistens erst die Herstellung eines sachgerechten Kontaktes.

Diesem schematischen Leitbild entsprechen in der Praxis die meisten eingerichteten Wohnungsvermittlungsstellen ¹⁶⁾. So werden Wohnungen hauptsächlich nachgewiesen ¹⁷⁾. Eine Teilnahme an den mietvertraglichen Vereinbarungen ist nicht vorgesehen.

Die Stelle beschränkt sich in der Regel darauf, daß Vermieter sich aus eigenem Antrieb an sie wenden ¹⁸⁾. Darüber

14) Organisationsmodell, S.2 Ziff.2.

15) Organisationsmodell, S.3 Ziff.1b.

16) Es wird vor allem auf das Organisationsmodell und die Praxis der Stadt München verwiesen; für Nürnberg vgl. Günther, Die Demokratische Gemeinde 1972, 131 f.

17) Verpflichtungserklärung (München), Abs.I S.1

18) Organisationsmodell, S.1 und 9 f.

hinaus ist es auch denkbar, daß die Stellen aus anderer Quelle Mitteilung über freie Wohnungen erhalten ¹⁹⁾.

In gleicher Weise wenden sich die Wohnungssuchenden an die Vermittlungsstellen. Sie erhalten ihren Vorstellungen entsprechend Mietobjekte - soweit vorhanden und bekannt - nachgewiesen ²⁰⁾ und/oder gewünschte Informationen über die gegenwärtige Lage auf dem Wohnungsmarkt.

Ein Novum ²¹⁾ auf dem Gebiet der Wohnungsvermittlung ist der Wohnungstausch, auf den sich die gemeindliche Tätigkeit ausdrücklich erstrecken soll ²²⁾.

Das private Maklergewerbe hat sich bisher nicht damit befaßt, Gelegenheiten zum Wohnungstausch nachzuweisen ²³⁾.

Ob bei dieser Vermittlertätigkeit mit Hilfe einer Kartei ²⁴⁾ oder elektronischer Datenverarbeitung ²⁵⁾ nur jeweils die Mietobjekte oder sowohl diese wie auch die Wohnungssuchenden erfaßt werden, ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung.

19) Z.B. auf Grund einer Mitteilung der Bezugsfertigkeit oder des Freiwerdens einer öffentlich geförderten Wohnung, zu der die Verfügungsberechtigten im Rahmen des § 4 I WohnBindG verpflichtet sind; vgl. dazu Gaetzsch, Der Städtetag 71, 193; auch Eigeninitiative braucht nicht in jedem Fall ausgeschlossen zu werden.

20) Organisationsmodell S.3 und 10 f.; Verpflichtungserklärung, Abs.I.

21) Organisationsmodell, S.1 Ziff.1b.

22) Vgl. FN 20; es sind derzeit "mehrere hundert" Tauschobjekte bei der Vermittlungsstelle München registriert; vgl. Münchner Stadtanzeiger vom 8.1.74, S.3 (Beilage zur Süddeutschen Zeitung vom 8.1.74).

23) Vgl. Rocke, DVBl. 73, 398; Organisationsmodell, S.1, Ziff.1b.

24) Bettermann-Haarmann, Wohnungsrecht, S.135, haben schon 1949 die Einrichtung einer kommunalen Wohnungstauschkartei vorgeschlagen.

25) So in München und Nürnberg; vgl. Organisationsmodell, S.3 Ziff.1a, S.9 Ziff.1a, S.20 Ziff.7 und für Nürnberg, Günther, Die Demokratische Gemeinde, 1972, 131 f.

Entscheidend ist aber, daß die Vermittlungstätigkeit nicht von der Initiative der Vermittlungsstellen abhängt, also nicht einer Art "Offizialmaxime" unterliegt, sondern abhängig ist vom Angebot der Vermieter und Nachfrage der Suchenden.

Allerdings wird die Initiative des Kundenkreises durch Werbung provoziert werden ²⁶⁾. Gedacht ist dabei nicht an wirtschaftliche Werbung ²⁷⁾, sondern an Informationsmittel, die laufend auf die Tätigkeit der Wohnungsvermittlungsstellen aufmerksam machen sollen ²⁸⁾.

III. Objekte der Vermittlung

Als Gegenstand der Vermittlung kommen nur Räume in Betracht, die Wohnzwecken dienen. Räume zur vorübergehenden Benutzung, wie z.B. Fremdenzimmer ²⁹⁾, scheiden naturgemäß aus. Ebenso wenig sind gewerblich genutzte Räume wie Arztpraxen, Büroräume, Lagerräume, Ladengeschäfte u.s.f. Objekte kommunaler Vermittlung ³⁰⁾.

Als Gegenstand der Vermittlung kommen demnach nur solche Räumlichkeiten in Betracht, die geeignet und bestimmt sind, privaten Wohnzwecken auf Dauer zu dienen. Dieser allgemeinen Umschreibung entsprechen Wohnungen (mit einem oder mehreren Zimmern), möblierte oder nicht möblierte Zimmer ³¹⁾, aber auch Ein- oder Mehrfamilienhäuser ³²⁾.

26) Organisationsmodell, S.21 Ziff.9.

27) Vgl. zu dieser Frage allgemein Schrickner, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.61, 182 f.

28) Vorgesehen sind Zeitungsannoncen, Anschläge, Informationsmaterial, in denen (nur) über die Tätigkeit der Stellen unterrichtet wird, vgl. FN 26.

29) Zur Vermittlung von Fremdenzimmern durch gemeindliche (Fremdenverkehrs-)Büros vgl. Herbig, Einrichtungen, S.68; vgl. auch § 1 Abs.3 WVG, oben unter § 2 II.

30) So einheitliche Praxis in Bayern; für München vgl. Organisationsmodell, S.1.

31) Organisationsmodell, S.14, III Ziff.1.

32) Diese aber nur insoweit, als nicht gewerbliche Nutzung beabsichtigt ist, z.B. durch (ausschließliche) Weitervermietung. Bloße Untervermietung schließt Nutzung zu Wohnzwecken nicht aus.

Begrenzt ist die Vermittlungstätigkeit ferner auf Mietobjekte. Kaufobjekte sind ausgenommen ³³⁾. Ebensowenig fallen Pachtobjekte der Vermittlung an, da bei diesen wirtschaftliche und nicht wohnliche Nutzung bezweckt ist.

Zu den genannten Merkmalen der Vermittlungsobjekte können noch weitere treten, die sich aus der (groben) Unterscheidung zwischen öffentlich geförderten und frei finanzierten Wohnungen ergeben.

Die mit öffentlichen Mitteln geförderten Sozialwohnungen wurden im Rahmen der Wohnraumbewirtschaftung von gemeindlichen Wohnungsämtern z.T. nachgewiesen ³⁴⁾. Auch heute noch weisen Gemeindebehörden (z.B. über die Sozialausschüsse) Wohnungen nach, die rechtlichen Bindungen unterliegen ³⁵⁾.

Der Nachweis durch gemeindliche Wohnungsämter ist heute nur noch für die Städte München, Hamburg und Berlin durch gesetzliche Regelung vorgesehen ³⁶⁾. Im übrigen ersetzen neue Bindungen die Wohnraumbewirtschaftung, um zu gewährleisten, daß die öffentlich geförderten Wohnungen zweckentsprechend verwendet werden ³⁷⁾.

33) Wie FN 30.

34) Dazu Fischer-Dieskau, Zweites WohnBauG, § 4 Anm.5; Ehrenforth, Zweites WohnBauG, § 75 Anm.2a; Bettermann-Haarmann, Wohnungsrecht, S.88.

35) Rocke, DVBl.73, 398, Anm.4; vor allem gilt das für die Städte München und Hamburg, in denen die Wohnraumbewirtschaftung noch nicht restlos abgebaut ist, vgl. FN 36.

36) WohnBindG vom 24.8.1965, BGBl.I S.954 in der Fassung der Bekanntmachung vom 31.1.1974, BGBl.I, S.889; lies § 4 IV und § 5a mit der Verordnung vom 23.Juli 1970 (GVBl. S.340) für München und der Verordnung vom 28.Juli 1970 (GVBl. 233) für Hamburg, sowie VO vom 7.8.73 (GVBl. Nr.65, S.1200) für Berlin.

37) Küchenhoff, Gutachten, S.6; Fischer-Dieskau, WohnBindG 1965, Einführung S.4.

Soweit der Nachweis von Wohnungen durch Wohnungsämter noch gesetzlich geregelt ist, liegen Sondertatbestände vor ³⁸⁾.

Im übrigen kommen sowohl öffentlich geförderte wie auch frei finanzierte Wohnungen als Vermittlungsobjekte in Betracht.

Eine begriffliche Differenzierung ist insoweit nicht geboten.

IV. Die Wohnungssuchenden

Mit einer Definition, die da lauten könnte, Wohnungssuchender sei derjenige, der seinen Bedarf an Wohnraum kundtut, ist nichts ausgedrückt. Es interessiert an dieser Stelle vielmehr, welche Gruppen von Wohnungssuchenden unterschieden werden können, und nach welchen Gesichtspunkten diese Unterscheidung vorzunehmen ist.

Es kann nicht angezweifelt werden, daß jedermann, zumindest aber jeder Staatsbürger, das Recht haben muß, sich angemessenen Wohnraum zu verschaffen.

Diese Forderung ergibt sich nicht nur programmatisch aus dem Grundgesetz ³⁹⁾ oder aus der Bayerischen Verfassung ⁴⁰⁾, sondern sie steht unter dem Schutz von Art.2 Abs.1 GG ⁴¹⁾.

Zwar kann ein subjektiv-öffentliches Recht auf Wohnraum weder aus dem Verfassungsrecht ⁴²⁾ noch aus einfachen Gesetzen ⁴³⁾ entnommen werden, jedoch darf umgekehrt niemand durch die öffentliche Gewalt an der Beschaffung von Wohnraum gehindert werden ⁴⁴⁾.

38) Die Münchner Wohnungsvermittlungsstelle befaßt sich nur mit der Vermittlung von frei finanzierten Wohnungen. Die Sozialwohnungen werden vom Amt für soziale Wohnungsfragen vermittelt.

Allerdings umfaßt der Wohnungstausch auch die Sozialwohnungen; vgl. dazu Fischer in Süddeutsche Zeitung vom 29.Nov. 1973, S.14; vgl. auch unten § 6 II bb.

39) Art.13 GG ist hingegen ein Abwehrrecht; vgl. dazu Herbig, Einrichtungen, S.172.

40) Art.106 Abs.2, 125 Abs.III BayVerf.

41) Siehe oben, FN 39.

42) BayVerfGHE 15, 49 ff.; BayVerfGHE 23, 126 ff.

Die Verwirklichung des verfassungsrechtlichen Idealbildes vom Menschen erfordert sogar, daß jedermann angemessenen Wohnraum zur Verfügung hat. Nur auf diese Weise können Grundrechte wie sie z.B. in den Art.1, 2 I, 6 I und vor allem 13 GG ⁴⁵⁾ eingeräumt sind, in ihrem Wesensgehalt verwirklicht werden.

Diesem Leitbild steht meist die Realität entgegen.. Es ist ein bekanntes Faktum, daß vor allem in den Ballungszentren auf Grund der Unvermehrbarkeit von Grund und Boden der Wohnraum "Mangelware" ist. Gleichwohl ist bis zur Ausschöpfung aller technischen und faktischen Möglichkeiten ⁴⁶⁾ der Wohnungsmangel nur relativ.

Er hängt in erster Linie davon ab, daß der Nachfrage nicht genügende, ihrem Inhalt identische Angebote gegenüberstehen ⁴⁷⁾. Er hängt ab von den individuellen Wünschen und vor allem den wirtschaftlichen Möglichkeiten der Wohnungssuchenden.

Wohnungsvermittlung dient demnach dazu, die Chancen der Bedarfsdeckung zu vermehren.

Die Motive der Wohnungssuchenden sind weit gespannt. Sie können vom Wunsch nach veränderter Umgebung wie auch von der existenziellen Notwendigkeit bestimmt sein.

Daraus ergibt sich im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung die Notwendigkeit, die Wohnungssuchenden nach der Intensität ihrer Motive zu unterscheiden. Zutreffend wird man dabei drei Kategorien ⁴⁸⁾ bestimmen:

-
- 43) Hier wird nur am Rande auf das Problem hingewiesen, das sich bei einer Kapazitätsauslastung z.B. im Rahmen des sozialen Wohnungsbaues ergibt; vgl. dazu Herbig, Einrichtungen, S.187 ff.
- 44) Das gilt jedenfalls in "normalen" Zeiten; die Nachkriegsjahre haben aber gezeigt, daß bei notstandsähnlicher Verknappung Beschränkungen nicht immer vermeidbar sind.
- 45) Vgl. Herbig, Einrichtungen, S.241.
- 46) Z.B. durch neue Baukonstruktionen, optimale Ausnutzung der vorhandenen Kapazitäten, etc.
- 47) So ist erklärlich, daß selbst in Großstädten mit Mangel an Wohnungen Wohnraum nicht genutzt wird.

1. Wohnungssuchende, die aus sozialen Gründen oder aus sonstigen, durch öffentliche Maßnahmen bedingten Gründen der Hilfe bedürfen.
2. Wohnungssuchende, die berechtigt sind, eine öffentlich geförderte Wohnung zu beziehen.
3. Sonstige Wohnungssuchende.

Die erste Fallgruppe beschreibt Wohnungsnotfälle ⁴⁹⁾. Es sollen damit Wohnungssuchende erfaßt werden, denen es nicht zugemutet werden kann, weiter in den ihnen verfügbaren Unterkünften zu wohnen.

Beispiele solcher Wohnungsnotfälle enthalten die Richtlinien der Hamburger Baubehörde ⁵⁰⁾.

Es werden als Wohnungsnotfälle bezeichnet:

- Familien, die mit drei oder mehr Personen nur einen Wohnraum oder als Untermieter je Person nicht mehr als 6 qm Wohnfläche zur Verfügung haben;
- Familien mit vier und mehr Personen, die in einer Zwei-Zimmer-Wohnung wohnen;
- Personen, die in Räumen wohnen, die nach dem Wohnungspflegegesetz ⁵¹⁾ für unbewohnbar erklärt worden sind;
- Kranke mit amtlich festgestellten Krankheiten, Blinde, Taubstumme, Hirnverletzte sowie alte oder gebrechliche Personen, wenn ihre augenblickliche Unterkunft aus subjektiven Gründen ungeeignet ist;
- sonstige Personen, bei denen eine besondere Notlage gegeben ist;
- Personen, die aus Gründen des öffentlichen Interesses Wohnraum räumen müssen ⁵²⁾.

48) Küchenhoff, Gutachten, S.10; Gaentzsch, Der Städtetag 1971, S.192; Rocke, DVBl.73, 402.

49) Gaentzsch, Der Städtetag 1971; S.192; Hoffmann, Die Demokratische Gemeinde 1971, S.346.

50) Fachliche Weisung W/101/168 v. 3.12.1968; Der Städtetag 1971, S.182, zitiert nach Gaentzsch; vgl. auch Küchenhoff, Gutachten, S.10.

51) Dem entspricht in Bayern die Landeswohnungsordnung vom 8.Februar 1937 (BayBS II S.463), zuletzt geändert durch Gesetz vom 31.Juli 1970 (GVBl. S.345).

Dieser Katalog ist freilich nur beispielhaft. Eine allgemeine Bedeutung kann ihm nicht beigemessen werden ⁵³⁾; fachliche Weisungen besitzen keine (unmittelbare) Normqualität ⁵⁴⁾.

Dennoch mag diese Aufzählung veranschaulichen, welche notstandsähnlichen Situationen ⁵⁵⁾ zur Wohnungssuche zwingen können.

Gaentzsch ⁵⁶⁾ nennt als weitere Beispiele Räumungsschuldner, Bewohner von Obdachlosenunterkünften, die sich für eine normale Wohnung eignen, ferner Aussiedler und Zuwanderer aus ehemals deutschen Gebieten (z.B. die auf Grund des Warschauer Abkommens erwarteten Umsiedler). Die genannten "Wohnungsnotfälle" erstrecken sich auch auf solche Personen, die im Rechtssinne als obdachlos zu bezeichnen sind. Der Begriff der Obdachlosigkeit wird im allgemeinen aus sicherheitsrechtlichen Normen abzuleiten sein ⁵⁷⁾. Danach handelt es sich um Obdachlosigkeit, wenn der Mangel an einer ausreichenden Unterbringung eine "Störung" der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellt, wenn Leben oder Gesundheit ⁵⁸⁾ von Menschen bedroht oder verletzt sind. In Betracht kommen erkrankte oder kränkliche Personen (bei denen eine Krankenhauseinweisung allerdings ausscheidet), gesundheitlich labile Personen in ungeeigneten,

52) Z.B. aus Gründen der Sicherheit oder Gesundheit, wegen der Schaffung öffentlicher Anlagen, aus Gründen der Stadtсанierung etc.

53) A.A. Gaentzsch, Der Städtetag 1971, S.192.

54) Es sei zugestanden, daß in der Verwaltungspraxis Richtlinien weitgehend die Normanwendung bestimmen, vgl. etwa Kühn, Allzuständigkeit, S.67 ff., dennoch besitzen sie keine Allgemeinverbindlichkeit.

55) Küchenhoff, Gutachten, S.11.

56) Der Städtetag 1971, S.192.

57) Hegel, Obdachlose, S.20 f.; Samper, BayVB1.74, 8.

58) Vgl. Art.5 Abs.2 Ziff.3 AGStPO.

der entsprechenden Witterung nicht gerecht werdenden Wohnräume und ähnliche ⁵⁹⁾, die unter Umständen nicht von den Wohnungsämtern untergebracht werden können ⁶⁰⁾.

Die zweite Fallgruppe ist gesetzlich determiniert. Dabei wird abgestellt auf unzureichende (pekuniäre) Mittel der Wohnungssuchenden und ihren Bedarf an Wohnraum, der z.B. bedingt sein kann durch die Anzahl der unterzubringenden Familienmitglieder ⁶¹⁾. Eine gesetzliche Regelung zur Erfassung dieses Tatbestandes findet sich in § 25 II WohnBauG, an die § 5 Abs.1 WohnBindG anknüpft. Maßgebend ist das Jahreseinkommen der Wohnungssuchenden. Sofern es einen bestimmten Betrag ⁶²⁾ nicht übersteigt, haben die Wohnungssuchenden Anspruch auf Förderungsmaßnahmen im Rahmen des sozialen Wohnungsbaues und/oder das Recht, eine öffentlich geförderte Wohnung zu beziehen.

Die dritte Fallgruppe schließlich erfaßt alle übrigen Wohnungssuchenden, die weder Wohnungsnot leiden, noch auf Grund ihrer finanziellen Situation durch gesetzliche Regelung für förderungswürdig erachtet werden. Die Motivationen des Wohnungswechsels und der dadurch hervorgerufene Bedarf finden ihren Grund nicht (hauptsächlich) in einer Zwangslage.

59) Samper, BayVBl. 74, 8.

60) Hegel, Obdachlose, S.21.

61) Vgl. etwa § 5 Abs.2 WohnBindG, der auf "angemessene Wohnungsgröße" abstellt.

62) Z.Zt. 12.000 DM (Haushaltsvorstand) zuzüglich je 3.000 DM für jedes weitere Familienmitglied. Seit 1.1.74 18.000 DM, zuzüglich 4.200 DM.

2. Abschnitt: Kommunalrechtliche Grundlagen und gesetzliche Regelung der Wohnungsvermittlung

§ 3 Kommunalrechtliche Charakterisierung der Wohnungsvermittlungsstellen

Vergegenwärtigt man sich, daß kommunale Wohnungsvermittlung Leistungen erbringen soll, die bislang nahezu völlig der Privatwirtschaft überlassen waren ¹⁾, und daß darüber hinaus Ziele kommunaler Sozialpolitik verfolgt werden ²⁾, dann offenbart sich die Schwierigkeit einer Einordnung.

Die Wunschvorstellung, Dienste am öffentlichen Zweck ³⁾ zu verrichten und die - gewollte oder ungewollte - faktische Teilnahme am konkurrierenden Wirtschaftsleben lassen hier wie bei anderen Beispielen ⁴⁾ begriffliche Überschneidungen anklingen, die zunächst unauflösbar erscheinen ⁵⁾.

Es geht um die Frage, ob die vermittelnden Gemeinden sich wirtschaftlich betätigen oder eine dem hoheitlichen Bereich in der Grundfunktion zugeordnete Aufgabe der Leistungsverwaltung wahrnehmen. Von der Beantwortung dieser Frage hängt die Anwendbarkeit kommunalrechtlicher Normen ab, die den gemeindlichen Aktivitäten Grenzen ziehen.

-
- 1) Über die Zuteilung von Wohnraum im Rahmen der Wohnungszwangswirtschaft vgl. unten § 4 I, 2,3.
 - 2) Kronawitter, Stenographische Berichte des BayLT 7/34, S.1759.
 - 3) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.58.
 - 4) Die Vielfalt reicht von Ratskellereien, Armenküchen, Trinkstuben, Kurhäusern, Sportanlagen, Wohnungsunternehmen, Obdachlosenheimen, Waiser-, Jugend- und Altersheimen über Bibliotheken, Museen, Galerien, Theater, Versorgungsbetriebe, Verkehrsbetriebe, Gärtnereien, Gutshöfe, Gärten, Parks, Zuchteber, Viehweiden, öffentliche Brunnen u.s.f. bis hin zu Krankenhäusern und Friedhöfen, vgl. dazu Gönnewein, Gemeinderecht, S.474 ff.; Herbig, Die öffentlichen Einrichtungen, S.24 ff., 27 ff.; Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S.25 ff.; Püttner, Unternehmen, S.63 ff.; Hölzl, BauGO, Art.21 Anm.1; H.H.Klein, Teilnahme, S.64 ff.; Scholz, Einrichtungen, S.17.
 - 5) Scholz, Einrichtungen, S.26.

Vor einer Untersuchung der für die Wohnungsvermittlung in Betracht kommenden Rechtsgrundlagen muß daher zunächst eine Darstellung der Grundkonzeption kommunaler Leistungserbringung versucht werden.

Ziel dieser Arbeit ist allerdings nicht, die im folgenden referierten Begriffe der öffentlichen Einrichtung und des wirtschaftlichen Unternehmens einer detaillierten Analyse zu unterziehen. Grundlegende Untersuchungen dazu finden sich an anderer Stelle ⁷⁾.

Die beiden genannten Bereiche gemeindlicher Betätigung sind jedoch - wie sich zeigen wird - für die Abgrenzung des Betätigungsfeldes der Gemeinden so grundlegend, daß bereits an dieser Stelle die sie prägenden Gesichtspunkte aufgezeigt werden sollen.

I. Rechtsformen

Die in Frage stehende Materie läßt verschiedene Aktionsformen der Gemeinden zu. Der erste Blickpunkt sei darauf gerichtet, daß die kommunalen Vermittlungsstellen persönlicher und sachlicher Mittel ⁸⁾ bedürfen, um die gestellten Aufgaben erfüllen zu können. Es sind Kapital, Karteien, unter Umständen EDV-Anlagen ⁹⁾ sowie der Einsatz von Arbeitskraft nötig. Diese faktisch organisierte Leistungsapparatur ist zunächst als Betrieb ¹⁰⁾ zu bezeichnen, entbehrt im übrigen aber auf Grund seiner rein technischen Struktur einer weiteren, vor allem einer rechtlichen Qualifikation ¹¹⁾. Sofern mit Hilfe einer solchen

7) Scholz, Einrichtungen; H.H.Klein, Teilnahme u.a.

8) H.J.Wolff, AfK 1963 (2.Jahrgang), S.149.

9) Für München vgl. Organisationsmodell, S.5.

10) H.J.Wolff, AfK 1963, S.149; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.21; kritisch dazu Scholz, Einrichtungen, S.113.

11) Das wird deutlich, wenn H.J.Wolff, aaO., S.151 ff. zusätzliche Merkmale einführt, die den an sich neutralen "Betrieb" rechtlichen Kategorien zuordnen.

Leistungsapparatur eine Aufgabe nicht nur mittelbar beeinflusst und überwacht, sondern selbst durchgeführt wird, kann man bereits von einem institutionalisierten Selbstvollzug¹²⁾ sprechen, einem Kriterium, das neben anderen¹³⁾ geeignet ist, die Einrichtungen von den (meist nur mittelbar "überwachenden") Behörden zu unterscheiden¹⁴⁾.

Weitere Qualifikationen ergeben sich aus dem Verhältnis zwischen dem so verstandenen Betrieb und dem gemeindlichen Organismus. Dabei sind verschiedene Abstufungen denkbar, die vom Grad der jeweiligen Selbständigkeit gegenüber der Gemeinde, oder umgekehrt vom Grad der eine Subjektivierung herbeiführenden rechtlichen Organisation¹⁵⁾ abhängen.

Zu nennen ist in Übereinstimmung mit Wolff¹⁶⁾ zunächst die "allgemeine behördliche Regieanstalt der Gemeinde"¹⁷⁾. Es handelt sich dabei um Betriebe, die von Sachbearbeitern einer Gemeinde mitverwaltet werden, oder überhaupt nur um Sachinbegriffe. Es fehlt jeweils an einer rechtlichen oder faktischen Organisation, die den Betrieb subjektiviert. Sofern eine subjektivierende Organisation hinzutritt, liegt eine Regieanstalt vor. Der verselbständigende Akt muß dabei nicht unbedingt in einer Anstalts- oder Betriebssatzung zum Ausdruck kommen¹⁸⁾, sondern läßt sich auch anhand faktischer Gegebenheiten ermitteln¹⁹⁾.

12) Herbig, Einrichtungen, S.17.

13) Vgl. H.J.Wolff, AfK 1863, S.157.

14) Herbig, Einrichtungen, S.16 f. in Anlehnung an Köttgen, VVDStRL Bd.6, S.112 ff., aber mit Hinweis auf die Kritik bei Rüfner, Formen, S.344 ff. und Brohm, Strukturen, S.34 f.

15) H.J.Wolff, AfK 1963, S.159.

16) H.J.Wolff, AfK 1963, S.157 ff.

17) H.J.Wolff, aaO., S.159.

18) So aber H.J.Wolff, AfK 1963, S.159.

19) Vgl. Scholz, Einrichtungen, S.201, der dieses Kriterium für unzureichend hält.

Als Beispiele nennt Wolff Betriebe, zu denen die Gemeinden verpflichtet sind, ferner soziale Betriebe ²⁰⁾, aber auch gewerbliche Betriebe ²¹⁾ unter die auch wirtschaftliche Unternehmen im Sinne von Art.89 Abs.1 BayGO fallen können.

Gekennzeichnet sind diese Regieanstalten durch rechtliche Unselbständigkeit und eine Verflechtung der Finanzen mit dem allgemeinen Gemeindehaushalt.

Weitergehende Eigenständigkeiten besitzen die Eigenanstalten (Eigenbetriebe) ²²⁾. Sie sind zwar nicht rechtsfähig, aber von der Gemeindeverwaltung organisatorisch abgegrenzt mit eigenem Sondervermögen, eigener Kassenführung usw. ²³⁾.

Als Eigenanstalten werden in der Regel öffentliche Einrichtungen, Pflichtunternehmen und wirtschaftliche Unternehmen ²⁴⁾ geführt.

Schließlich sind noch rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts und Juristische Personen ²⁵⁾ des Privatrechts zu nennen, die eines organisatorischen und rechtlichen Gründungsaktes bedürfen.

20) H.J.Wolff, AfK 1963, S.158 ff.

21) ders., aaO., S.161 ff.

22) ders., aaO., S.162 ff.; dann auch Köttgen, DJT 1960, S.591; Scholz, Einrichtungen, S.103 ff.

23) Vgl. EigenbetriebsVO vom 21.11.1938, RGB1.I, S.1650, abgedruckt in Heuser-Geiger, Handbuch, Bd.1, E 1; vgl. dazu auch Masson-Samper, BayGO, Art.80, Rdnr.9; Hölzl, BayGO, Art.80, Anm.2b; Scholz, Einrichtungen, S.103, FN 22.

24) H.J.Wolff, AfK 1963, S.162 f.; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.23 f.

25) H.J.Wolff, AfK 1963, S.171 f.

Die eben referierte Konzeption geht letztlich auf den Anstaltsbegriff Otto Mayers ²⁶⁾ zurück und wird auch heute noch mehr oder minder abgewandelt vertreten ²⁷⁾.

Sie reicht auf Grund ihrer nur organisationsrechtlichen Akzentuierung (mit ihren "metajuristischen" Abgrenzungskriterien ²⁸⁾) und deren Auswirkung ²⁹⁾ auf den Begriff der gemeindlichen Einrichtungen nicht aus, die Vielfalt kommunaler Aktivitäten einer klaren Konzeption zu unterwerfen ³⁰⁾. Die organisationsrechtlichen Momente sind sogar für eine kommunalrechtliche Einordnung im Hinblick auf deren Rechtsfolgen von nur untergeordneter Bedeutung. In diesem Zusammenhang sei vor allem darauf verwiesen, daß rechtsformale Kriterien nach dem heutigen Verständnis der öffentlichen Verwaltung nicht zwingend auf Zuordnung des Handelns und damit auf Anwendbarkeit öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Normbereiche schließen lassen ³¹⁾. Eine kommunalrechtliche Charakterisierung kann sich daher keinesfalls in der Untersuchung nur formaler Kriterien erschöpfen. Sie ist vielmehr auch nach dem materiellen Gehalt der Aktivitäten vorzunehmen ³²⁾.

Im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Normen, welche die Zulässigkeit ³³⁾ kommunaler Wohnungsvermittlung bzw. ihre Stellung in der Gemeindeverwaltung ³⁴⁾ bestimmen,

26) Verwaltungsrecht, S.268.

27) Jellinek, VR, S.513; Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.493 ff.; Hurst, HKWP II, S.843; Gönnerwein, Gemeinde-recht, S.474 ff.; Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S.34.

28) Scholz, Einrichtungen, S.199.

29) Dazu vor allem Scholz, Einrichtungen, S.195 ff. und Herbig, Einrichtungen, S.14 ff.

30) Scholz, Einrichtungen, S.216.

31) Badura, DÖV 66, 626; Siedentopf, Grenzen, S.74 f.; Scholz, Einrichtungen, S.22 f.; Püttner, Unternehmen, S.328 ff.; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.57.

32) Dazu § 5 (unten).

33) In erster Linie Art.89 BayGO, sowie verfassungsrechtliche Schranken, dazu unten § 4 II und §§ 7 bis 11.

34) U.a. sei hier an das Selbstverwaltungsrecht gedacht, dazu noch unten § 6.

ist aber zunächst von Bedeutung, ob sich die Stellen als öffentliche Einrichtungen und/oder als wirtschaftliche Unternehmen charakterisieren lassen. Diesen beiden Erscheinungsformen gemeindlicher Leistungserbringung gilt daher die folgende Darstellung.

II. Die öffentlichen Einrichtungen

1. Gesetzliche Grundlagen der Begriffsfindung

Unter Verzicht auf eine Definition ³⁵⁾ verwenden die geltenden Gemeindeordnungen den Begriff der öffentlichen Einrichtung ³⁶⁾. Er ist übernommen von § 17 DGO ³⁷⁾, dessen Regelung inhaltlich kaum verändert ³⁸⁾ ebenfalls übernommen worden ist ³⁹⁾.

Neben Art.21 Abs.1 enthält auch Art.57 BayGO den Begriff sowie einen Katalog möglicher Einrichtungsmaterien. Eine juristisch verwertbare Definition liefert die Vorschrift allerdings ebenfalls nicht, ihr Aussagewert ist nur "akzessorisch" ⁴⁰⁾. Die im Gesetz genannten Funktionszwecke vermögen zwar vielleicht im Einzelfall Hilfsdienste bei der Beurteilung einer kommunalen Veranstaltung zu leisten, sind aber auf Grund ihres pragmatischen ⁴¹⁾ Charakters

35) Knemeyer, Einrichtungen, S.13; Gönnerwein, Gemeinde-recht, S.473; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.33.

36) Vgl. Art.21 Abs.1, 24 Abs.1, 57 BayGO; §§ 10 Abs.2 S.2 BadWüGO; 13 Abs.1 BremerhavVerf; 18 Abs.1, 20 Abs.1 HessGO; 22 Abs.1 NdsGO; 18 Abs.2 NRWGO; 15 Abs.1 RhpfGO; 18 Abs.1 SaarGO; 18 Abs.1 SchlHGO.

37) Vom 30.1.1935, RGBI.I, S.49.

38) Vgl. dazu Scholz, Einrichtungen, S.15 mit Nachweisen.

39) Art.21 Abs.1 BayGO; ebenfalls die schon unter FN 36 genannten Bestimmungen der LänderGOen, auf deren Abweichungen im Folgenden angesichts der thematischen Beschränkung auf bayerisches Recht nur noch dann hingewiesen wird, wenn das systematische Verständnis es erfordert.

40) Scholz, Einrichtungen, S.18.

41) Köttgen, DJT 1960, S.597 f. und S.596, FN 21.

zur Begriffsfindung ungeeignet.

Nicht anders steht es mit den Vorschriften, die den Gemeinden die Monopolisierung bestimmter Einrichtungen erlauben⁴²⁾.

Auch hier sagt das Gesetz nichts über das Wesen der öffentlichen Einrichtung aus. Die Regelung über den Anschluß- und Benutzungszwang erweist sich nur als modifizierende Erweiterung der gemeindlichen Befugnis, öffentliche Einrichtungen zu schaffen und zu betreiben. Auch in den früheren Gemeindeordnungen, insbesondere in der DGO von 1935 findet sich keine Definition⁴³⁾, aus der in logischer Fortsetzung für den Begriff der öffentlichen Einrichtung etwas gewonnen werden könnte.

Aus der historischen Entwicklung der Gemeinden und ihrer Einrichtungen⁴⁴⁾ läßt sich die Erkenntnis ziehen, daß an der gewachsenen Vielfalt des Einrichtungswesens keine Abstriche erwünscht waren oder sind. Es findet sich in diesem Bereich ein Maximum an Variabilität, die den Gemeinden ermöglicht, ihrer universalen Zuständigkeit⁴⁵⁾ gerecht zu werden⁴⁶⁾. Daraus erklärt sich letzten Endes der Verzicht des Gesetzgebers auf eine Definition. Es ist nicht anzunehmen, daß der Begriff als bekannt vorausgesetzt worden ist⁴⁷⁾; vielmehr erlaubt begriffliche Neutralität eine den Intentionen des Kommunalrechts und des Kommunalverfassungsrechts (insbesondere Art.28 Abs.2 GG) gewünschte Fortentwicklung und Anpassung⁴⁸⁾ des Einrichtungswesens.

42) In Bayern Art.24 Abs.1 Ziff.2 BayGO; für die übrigen Bundesländer vgl. Scholz, Einrichtungen, S.18, FN 9.

43) Hurst, HKWP II, S.834.

44) Eingehend Scholz, Einrichtungen, S.34 ff.; vgl. auch Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.11 ff.; Gönnerwein, Gemeinderecht, S.10 ff.; H.H.Klein, Teilnahme, S.73 ff.

45) Meder, BayVerf. Art.11, Rdnr.11; Kühn, Allzuständigkeit, S.59 ff.

46) Über die Abhängigkeit gemeindlicher Entscheidungen von (staatlich) vorgefertigter Normierung vgl. aber Kühn, Allzuständigkeit, S.75 ff.

47) So aber Hurst, HKWP II, S.834.

48) Aufgabengliederungsplan, S.11.

Der nach dem Gesetzeswortlaut neutrale Sammelbegriff "Einrichtungen" umfaßt somit zunächst nur alle Gegenstände oder Personen (oder Gruppen von solchen), die die Gemeinde zur Erfüllung irgendwelcher Aufgaben bereithält ⁴⁹⁾.

2. Öffentliche und private Einrichtungen

Die Gemeinden als zweigleisige (dualistische) Selbstverwaltungskörperschaften mit öffentlich-rechtlichen und "gesellschaftlich-privatrechtlichen Institutionsgehalten" ⁵⁰⁾ sind in ihren Aktionsformen nicht festgelegt, soweit Angelegenheiten des eigenen Wirkungskreises in Frage stehen. Aus diesem Ansatz heraus ist es erklärlich, daß die kommunale Selbst-"Verwaltung" ⁵¹⁾ auf den ersten Blick Öffentliche und private Einrichtungen umfassen kann ⁵²⁾. Gewiß sind beide Institutionen geeignet, Leistungsverhältnisse zu gestalten ⁵³⁾, beide können "nutzbar" ⁵⁴⁾ sein. Auch heute noch wird in der Literatur die Meinung vertreten, der Einrichtungsbegriff sei in der Weise dualistisch zu verstehen, daß neben öffentlichen auch private Einrichtungen betrieben werden können ⁵⁵⁾. Namentlich Köttgen ⁵⁶⁾ weist aber darauf hin daß die seit der DGO für alle Einrichtungen kodifizierte Bindung an einen öffentlichen Zweck

49) Hölzl, BayGO, Art.21 FN 1; Masson-Samper, BayGO, Art.21, FN 4; Hurst, HKWP II, S.833.

50) Scholz, Einrichtungen, S.35 ff. und S.83.

51) "Verwaltung" ist hier weit aufzufassen; es ist nicht gleichzusetzen mit typisch hoheitlichem Handeln im (klassischen) Subordinationsverhältnis; vgl. dazu Gönnerwein, Gemeinderecht, S.473.

52) Hurst, HKWP II, S.833; Hölzl, BayGO, Art.21, FN 1.

53) Forsthoff, VR I (9.Aufl.), S.378 f.

54) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.57.

55) Hölzl, BayGO, Art.21, Anm.2 und 3; Hurst, HKWP II, S.834.

56) Daseinsvorsorge, S.58.

eine Neuschaffung rein "privater" Einrichtungen schlechthin ausschlieÙe. Die Differenzierung in private und öffentliche Einrichtungen sei hinsichtlich der vor Inkrafttreten der DGO vorgefundenen Gewerbebetriebe nur noch von historischem Wert ⁵⁷⁾. Auch Forsthoff ⁵⁸⁾ wendet ein, daß eine dualistische Einteilung der Verwaltungstätigkeiten nicht mehr dem "Stand der Dinge" entspreche ⁵⁹⁾. Das gilt insbesondere für kommunale Einrichtungen, die schon auf Grund ihrer Bindung an einen öffentlichen Zweck nicht "privat" sein können. Auch wenn die Individualbeziehung zwischen Benutzer und Einrichtung bzw. Einrichtungsträger häufig privatrechtlichen Normen unterliegt, ist die Einrichtung selbst nicht dem Privatrecht zuzuordnen. Privatrechtliche Verträge mit Bürgern sind nur probate Mittel öffentlicher Verwaltung ⁶⁰⁾, bedeuten aber noch nicht den Verlust der öffentlich-rechtlichen Komponente, der die Leistungsverwaltung ⁶¹⁾ unterliegt. Das drückt sich schon darin aus, daß es den Gemeinden frei steht, öffentliche Einrichtungen auch in privaten Rechtsformen zu betreiben ⁶²⁾. Öffentlich heißt also hier nicht öffentlich-rechtlich in formalem Sinn, sondern allgemein zugänglich und benutzbar ⁶³⁾.

57) Kötting, Daseinsvorsorge, S.58.

58) Forsthoff, VR I (9.Aufl.), S.341 und (10.Aufl.) S.371 (unverändert)

59) Allerdings bringt er die Einschränkung, daß die wirtschaftliche Betätigung differenziert werden müsse in rein erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung und Daseinsvorsorge durch wirtschaftliche Unternehmen, ohne den Grund der Differenzierung (an dieser Stelle) näher zu erläutern, Forsthoff, aaO. (FN 30); vgl. auch Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.122.

60) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.123.

61) Badura, DOV 66, 629; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.34.

62) Vgl. oben FN 31 und noch unten sub. § 10 V.

63) Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.34; Badura, JuS 66, 18; ders., Verwaltungsmonopol, S.270; Scholz, Einrichtungen, S.119.

3. Der Benutzungsanspruch

Art. 21 Abs. 1 BayGO räumt den Gemeindevswohnern einen öffentlich-rechtlichen Benutzungsanspruch ⁶⁴⁾ an den bestehenden öffentlichen Einrichtungen ein. Damit ist freilich auch noch nicht unmittelbar das Wesen der öffentlichen Einrichtung festgelegt. Die Rechtsprechung ⁶⁵⁾ zeigt (aus pragmatischen Gründen) gleichwohl die Neigung, die öffentliche Einrichtung nicht nach allgemein konstruktiven Merkmalen zu bestimmen, sondern sie als Korrelat des Benutzungsanspruches anzusehen.

Die Brauchbarkeit einer solchen Begriffsfindung hat vor allem Scholz ⁶⁶⁾ nachgewiesen. Er sieht den "begrifflich entscheidenden Akzent in der nutzungs- oder leistungsrechtlichen Komponente" ⁶⁷⁾.

Ausgehend vom Leistungsverhältnis als konkretem "Begriffskriterium" ⁶⁸⁾ kommt er zu einem kombinierten Verständnis ⁶⁹⁾ der öffentlichen Einrichtungen, welches neben dem formellen auch ein materielles Leistungsverhältnis zu berücksichtigen hat. Das formelle Leistungsverhältnis ist geprägt von einem gemeindlichen Entschließungs- oder Widmungsakt, durch den eine dem institutionalisierten Selbstvollzug ⁷⁰⁾ dienende Verwaltungseinheit der "bürgerschaftlichen Nutzung eröffnet" ⁷¹⁾ wird.

Dieses Merkmal liegt jedenfalls dann vor, wenn Art und Umfang der Nutzung durch öffentlich-rechtliche Normierung, insbesondere durch Satzung geregelt sind ⁷²⁾, da eine Er-

64) BVerwG, BayVB1.69, 355; BayVGH, BayVB1.55,60.

65) Vgl. dazu BayVGH 22,20; BayVGH, BayVB1.55, 59 ff.; 66, 207 f.; 69, 355; 62, 284; BayVGH, NJW 69, 1078 f.; OVG Rheinland-Pfalz, DOV 1967, 169 f.; OVG Münster, OVG 24, 175; OVG Lüneburg, OVG 25, 345; 353 f.; VGH BadWü, DÖV 68, 179 f.

66) Einrichtungen, S.85 ff., 219 ff.

67) Scholz, Einrichtungen, S.218 f.

68) ders., aaO., S.219.

69) ders., aaO., S.244.

70) Herbig, Einrichtungen, S.17.

71) Scholz, Einrichtungen, S.219.

72) BayVGH, BayVB1.55, 59 ff.; 66, 207 f.; BayVerfGH, BayVB1. 71, 345; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.36.

Öffnung durch Satzung immer die Willensentschließung voraussetzt, die Einrichtungen der öffentlich-rechtlichen Sphäre zu unterstellen. Der Widmungsakt kann ferner - falls es an einer Satzung fehlt - auch stillschweigend erfolgen, sich z.B. aus der Zweckbestimmung ergeben ⁷³⁾. Nur insoweit also kann ein formell-rechtlicher Akt von Bedeutung sein.

Diesem formell geprägten Leitbild entsprechen jedoch nicht alle öffentlichen Einrichtungen. Häufig liegen weder konstituierende Rechtsakte vor, noch lassen sich formale, organisationstechnische Ausgliederungen erkennen, die auf eine öffentliche Einrichtung schließen lassen. Das gleiche gilt auch für wirtschaftliche Betätigung, die sich weder zwingend einer subjektivierenden Unternehmensform bedienen, noch aus dem Bereich der öffentlichen Einrichtung herausfallen muß ⁷⁴⁾.

Gemeinsames Merkmal ist regelmäßig nur die "anstaltlich oder anstaltsähnlich verfaßte tatsächliche Leistungsbeziehung" ⁷⁵⁾.

Aus dem rechtlichen Gehalt dieser Leistungsbeziehung kann im Hinblick auf den "bürgerschaftlichen status positivus (socialis)" ⁷⁶⁾ sich erst die Bestimmbarkeit einer öffentlichen Einrichtung ergeben.

Das heißt aber nichts anderes, als daß auf die Qualität dieses Leistungsverhältnisses abzustellen ist. So kommt Scholz ⁷⁷⁾ zu einem "kombinierte(n) Verständnis des Einrichtungsbegriffes".

73) Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.36.

74) Vgl. dazu im einzelnen unten sub. § 3 III.

75) Scholz, Einrichtungen, S.218.

76) ders., aaO., S.219.

77) ders., aaO., S.244.

Danach ist die öffentliche Einrichtung eine Verwaltungseinheit (gleich welcher Form), die ihre Leistungen entweder auf Grund einer "erkennbar hoheitlichen EntschlieÙung der Gemeinde" oder auf Grund spezialgesetzlicher Verpflichtungen, oder schließlich auf Grund einer "materiell-verfassungsrechtlichen Leistungspflicht" erbringt.

4. Verankerung im Gemeindeorganismus

Geht man von einem Verständnis der öffentlichen Einrichtung aus, das seine Wurzel im Benutzungsanspruch findet, so ergibt sich als weiteres Erfordernis, daß die öffentliche Einrichtung im "öffentlich-rechtlichen Organismus der Gemeinde fest verankert" ⁷⁸⁾ sein muß. Ist das nicht der Fall, so geht ein Zulassungs- oder Benutzungsanspruch ins Leere: Falls eine vom Gemeindeorganismus losgelöste juristische Person des Privatrechts öffentliche Aufgaben wahrnimmt, ist sie Anspruchsgegnerin, nicht aber die Gemeinde, mag auch die Gemeinde Initiatorin der verselbständigten Gesellschaft gewesen sein ⁷⁹⁾.

Das heißt nun aber nicht auch gleichzeitig, daß die von der Gemeinde gelösten Unternehmen nicht der öffentlichen Verwaltung zuzuordnen seien ⁸⁰⁾.

Auch die wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde befassen sich materiell mit Verwaltungsaufgaben. Wird die Leistungseinheit vom Gemeindeorganismus losgelöst, so ist die Ge-

78) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.58; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.35; Gönnenwein, Gemeinderecht, S.474.

79) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.60; ders., DJT 1960, S.611 f.; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.35.

80) Die Zuordnung solcher Unternehmen zur Verwaltung ist umstritten; für eine solche Köttgen, DJT 1960, S.599 ff.; ders., Daseinsvorsorge, S.60; Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.494; dagegen Emmerich, JuS 70, 333 ff.; kritisch Scholz, Einrichtungen, S.116 ff.; ders., NJW 1974, 781 f.

meinde nicht mehr "Herr im Hause" ⁸¹⁾; es liegt keine öffentliche Einrichtung vor, obwohl nicht ausgeschlossen ist, daß die abgetrennte Leistungseinheit ein zulässiges wirtschaftliches Unternehmen im Sinne der Art.89 ff. BayGO darstellt.

III. Das wirtschaftliche Unternehmen

1. Begriffliche Abgrenzung

Ebenso wie der Begriff "öffentliche Einrichtungen" ist auch der Begriff "wirtschaftliche Unternehmen" von den Gemeindeordnungen nicht positiv bestimmt ⁸²⁾.

Geprägt von der DGO ⁸³⁾, wurde der Begriff von den geltenden Gemeindeordnungen, so auch von der BayGO übernommen ⁸⁴⁾.

Noch das preußische Gemeindefinanzgesetz ⁸⁵⁾ formulierte positiv (§ 86), daß wirtschaftliche Unternehmen solche Einrichtungen der Gemeinde seien, die gegen Entgelt Anlagen vorhalten und Leistungen bewirken, die auch von einem privaten Unternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung zur Verfügung gestellt werden können ⁸⁶⁾.

§ 67 DGO übernahm diese Definition nicht. Allerdings wurde in Abs.2 der Vorschrift ausdrücklich festgelegt, welche Unternehmen nicht unter den Begriff fallen sollten. Es handelt sich um Unternehmen, zu denen die Gemeinden verpflichtet sind, Einrichtungen des Erziehungs-, Unterrichts- und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung, der

81) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.60.

82) Surén, Gemeindegewirtschaftsrecht, S.141; Hölzl, BayGO, Art.75 Anm.1c; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.18; H.H.Klein, Teilnahme, S.79.

83) § 67 DGO vom 30.1.1935, RGBl. S.49; vgl. Hölzl, BayGO, Art.75 Anm.1c.

84) Jetzt Art.89 BayGO, der (im Wortlaut unverändert) seit 1.1.1974 dem früheren Art.75 BayGO entspricht.

85) Vom 15.12.1933, PrGS S.442.

86) Vgl. dazu Wicher, Unternehmensform, S.1 f.; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.36 f.

Kranken-, Gesundheits- und der Wohlfahrtspflege ⁸⁷⁾.

Im wesentlichen folgen die geltenden Gemeindeordnungen dieser Abgrenzung ⁸⁸⁾. so daß man auch die Definition ver-

werten kann, die in der vorläufigen Ausführungsanweisung zu § 67 DGO vom 22.3.1935 enthalten ist. Danach waren

"als wirtschaftliche Unternehmen solche Einrichtungen und Anlagen der Gemeinde zu verstehen, die auch von einem Privatunternehmen mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können, z.B. Versorgungsbetriebe, Verkehrsbetriebe, Industrie- und Handwerksbetriebe mit Ausnahme der in § 67 Abs.2 DGO genannten Unternehmen" ⁸⁹⁾.

In die BayGO fand allerdings die in § 67 Abs.2 DGO vorgenommene negative Abgrenzung keinen Eingang.

Dennoch werden "rein begriffsmäßig und anhand der Entstehungsgeschichte" ⁹⁰⁾ Einrichtungen gemeinnützigen Charakters

auch nach bayerischem Gemeinderecht nicht zu den wirtschaftlichen Unternehmen gezählt, ebenso wenig wie Unternehmen, zu denen die Gemeinden verpflichtet sind ⁹¹⁾.

Hölzl ⁹²⁾ nennt an Beispielen unter anderem Schulen, Theater, Museen, Altersheime, Kindergärten, Fürsorgeeinrichtungen, Krankenhäuser, Straßenreinigung, Stadtentwässerung, Friedhöfe, Schlachthöfe usw. und bezieht sich dabei auf die zu § 1 EigenbetriebsVO ergangenen Ausführungsanweisung ⁹³⁾.

87) Hölzl, BayGO, Art.75, Anm.1b.

88) Gönnerwein, Gemeinderecht, S.480; Pagenkopf, Kommunalrecht, S.330 ff.; Hölzl, BayGO, Art.75 Anm.1; Masson-Samper, BayGO, Art.75, Rdnr.2; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.32 ff.

89) Zitiert nach Wicher, Unternehmensform, S.2.

90) Stenographische Berichte des BayLT 1951/52, S.1146.

91) Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S.148; Hölzl, BayGO, Art.75 Anm.1d/cc; vgl. auch Vogel, BayVBl.73, 372.

92) Hölzl, BayGO, Art.75, Anm.1 d/cc.

93) Vom 22.3.39, MBliV S.633.

Die Rechtsprechung hat zunächst diese Auffassung bestätigt ⁹⁴⁾, ist aber (bis heute) noch darüber hinausgegangen, indem sie auch Unternehmen der "Daseinsvorsorge" aus dem Begriff der wirtschaftlichen Unternehmen ausklammerte ⁹⁵⁾, zu der sie vor allem die Verkehrs- und Versorgungsbetriebe rechnet ⁹⁶⁾.

Gerade diese Auffassung blieb nicht unbestritten ⁹⁷⁾. Zum einen wird dem Begriff Daseinsvorsorge die rechtliche Erheblichkeit abgesprochen ⁹⁸⁾, da er keinerlei Abgrenzung ermögliche ⁹⁹⁾. Zum anderen wird zwar am Begriff der Daseinsvorsorge festgehalten, gleichwohl aber daraus entgegen der Meinung des BayVerfGH nicht gefolgert, daß Daseinsvorsorgeunternehmen keine wirtschaftlichen Unternehmen seien ¹⁰⁰⁾. Die Erbringung von Leistungen der Daseinsvorsorge schließt nicht aus, daß ein wirtschaftliches Unternehmen vorliegt ¹⁰¹⁾. Es besteht also im wesentlichen Streit darüber, wie die wirtschaftlichen Unternehmen

94) BayVerfGH vom 23.12.57, DOV 58, 216 ff.; BayVGh, BayVBl. 60, 319; vgl. auch Stern, BayVBl.62, 129 ff. und Kratzer, BayVBl.62, 133 f.

95) BayVerfGH, DÖV 58, 216; BayVGh, BayVBl.59, 90 ff.; BayVGh, BayVBl.70, 70; wohl auch BVerwG, BayVBl.73, 49 ff.

96) Insbesondere BayVerfGH, DÖV 58, 216 ff.

97) Zustimmend: Masson, BayVBl.56, 327 ff.; Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.567; Mang-Maunz-Mayer-Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht, S.345; Helmreich-Widtmann, BayGO, Art.75, Anm.1; Fischer, BayBgen 1960, S.149; Kratzer, BayVBl.62, 133;

ablehnend:

Fischerhof, DÖV 60, 41 ff.; Stern, BayVBl.62, 128 ff.; H.J.Wolff, AfK 1963, 165 ff.; Köttgen, DJT 1960, S.583 ff.; Emmerich, Unternehmen, S.96 ff.; Köttgen, Daseinsvorsorge, S.58 ff.; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.47 f.; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.56 ff.

98) Scholz, Einrichtungen, S.123; Emmerich, Versorgungsunternehmen, S.60; Püttner, Unternehmen, S.55; Brohm, Strukturen, S.163; Fischerhof, DOV 60, 41 ff.; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.53; Ossenbühl, DOV 71, 517; Gröttrup, Leistungsverwaltung, 68 ff. (79).

99) Vgl. FN 98 sowie die ablehnenden Stimmen unter FN 97.

100) Vgl. dazu Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.73 ff.

101) So z.B. Köttgen, Daseinsvorsorge, S.59 f.; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.53 ff.

n e g a t i v abzugrenzen sind. Man ist sich grundsätz-
lich darüber einig, daß kulturelle und soziale Veran-
staltungen keine wirtschaftlichen Unternehmen sind ¹⁰²⁾.

Die Vielfalt der Meinungen ist letztlich dadurch zu er-
klären, daß die so auf eine Kurzformulierung gebrachte
negative Definition auf den Charakter der jeweils einer
gemeindlichen Betätigung zugrundeliegenden Aufgabe ab-
stellt, ja abstellen muß.

Ebenso groß sind die Schwierigkeiten, eine positive
Definition zu finden.

Mit Abweichungen und unterschiedlicher Akzentuierung
wird jeweils darauf abgestellt, ob die gemeindliche Be-
tätigung auch von einem Privaten mit Gewinnerzielungs-
absicht durchgeführt werden könne ¹⁰³⁾.

Beispielhaft sei die jüngst vom BVerwG ¹⁰⁴⁾ verwendete
Definition wiedergegeben:

"Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden sind solche
Einrichtungen, die auch von einem Privatunternehmer mit
der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können."
Die kritischen Stimmen sind sich darüber einig ¹⁰⁵⁾, daß
diese Definition kaum verwertbar ist, selbst dann nicht,
wenn man sie durch die oben referierte negative Abgren-
zung ergänzt ¹⁰⁶⁾.

102) Hölzl, BayGO, Art.25, Anm.1b; Surén, Gemeindevirt-
schaftsrecht, S.148; Vogel, BayVB1.73, 372; Stern-
Püttner, Gemeindevirtschaft, S.66; vgl. auch BayVerfGH,
BayVB1.71, 345 (Rechtsnatur der bayerischen Staats-
theater).

103) Hölzl, BayGO, Art.75, Anm.1d/dd; Vogel, BayVB1.73, 368.

104) BVerwG, BayVB1.73, 49.

105) Hüttl, DOV 58, 198 ff.; Zeiß, DOV 58, 201 ff.; Stern-
Püttner, Gemeindevirtschaft, S.59.

106) Vgl. zum letzteren Wicher, Unternehmensform, S.4 und
Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.37.

2. Gewinnerzielungsabsicht

Schwierigkeiten ergeben sich nicht zuletzt daraus, daß im Prinzip fast alle Einrichtungen auch von Privatunternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden können, rechtliche Hindernisse bestehen nicht prinzipiell. Das trifft nicht nur auf die "klassischen" Gemeindevorrichtungen wie z.B. Theater, Schulen, Krankenhäuser, Schlachthöfe und Museen zu, sondern auch auf "eigentliche Hoheitsfunktionen (Steuereinzug durch Pächter, Gerichtsbarkeit als Lehen, Militär durch Söldnerarmee)" ¹⁰⁷⁾.

Erst recht verdeutlicht sich dieser Gedanke, wenn man Einrichtungen untersucht, die weder typisch hoheitlicher noch traditionell gewachsener Qualifikation entsprechen, oder sogar ihrem Wesen nach im Bereich der Privatwirtschaft angesiedelt sind. Man denke an Gaststätten und Büchereien, die in Ratskellern und Armenbrotbüchereien ¹⁰⁸⁾ gleichwohl als gemeindliche Betriebe ihre Entsprechung gefunden haben.

Das Merkmal einer (potentiellen) Gewinnerzielungsabsicht Privater erweist sich schon aus dieser Sicht als ungeeignet für eine Definition ¹⁰⁹⁾. Abgesehen davon würde ein solches Kriterium auf Grund faktischer Schwierigkeiten kaum mit realem Inhalt ausgefüllt werden können.

Das wird noch deutlicher, wenn man berücksichtigt, daß aus volkswirtschaftlicher Sicht Sach- oder Dienstleistungen Primäreffekte, die Unternehmergewinne aber Sekundäreffekte darstellen ¹¹⁰⁾, daß also der Akzent auf die güterverteilende und produzierende Funktion wirtschaftlicher Unternehmen zu setzen ist.

107) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.59.

108) Vgl. Herbig, Einrichtungen, S.27 f.

109) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.60.

110) Gutenberg, Betriebswirtschaftslehre, Bd.1, S.352, zitiert nach Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.60 FN 46.

Aus der individuellen Perspektive des (privaten) Unternehmers verkehren sich die Effekte meistens ¹¹¹⁾. In der Regel strebt die Privatwirtschaft nach Gewinn, orientiert ihre Leistungen am Prinzip der Gewinnmaximierung, wenn auch dabei die Sorge um das Gemeinwohl als begleitendes Motiv nicht ausgeschlossen sein muß.

3. Unternehmensbegriff

Auch aus einer wirtschaftswissenschaftlichen Deutung des Unternehmensbegriffs ¹¹²⁾ läßt sich nichts gewinnen. Das gemeindliche Unternehmen ist lediglich "eine Vereinigung von persönlichen, sächlichen und immateriellen Mitteln" ¹¹³⁾ für das von der Gemeinde verfolgte Ziel der Leistungserbringung. Es ist damit ein Organisationsprinzip ¹¹⁴⁾, das sich im Rahmen der oben eingeführten Kriterien ¹¹⁵⁾ bewegt ¹¹⁶⁾.

Ist es aber einem Betrieb ¹¹⁷⁾ gleichzusetzen ¹¹⁸⁾, weist es eine Neutralität auf, die nach weiterer Bestimmung verlangt, welche sich aus dem Beiwort "wirtschaftlich" ergibt ¹¹⁹⁾.

4. Wertschöpfung und Ertragsgrundsatz

Ein kommunales Wirtschaftsunternehmen liegt also dann vor, wenn ein gemeindlicher Betrieb nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten geführt wird und wirtschaftliche Zwecke verfolgt.

111) Wie FN 110.

112) So z.B. Hüttl, DÖV 58, 198 ff.

113) Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.21.

114) Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.37.

115) Vgl. den § 3 I.

116) Dazu auch Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.65; Stern, BayVB1.62, 129.

117) Wolff, AfK 1963, S.149 ff.

118) Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.37; dazu kritisch Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.65, FN.73.

119) Ähnlich Scholz, Einrichtungen, S.113.

Das erfordert zum einen im Innenverhältnis kaufmännische Arbeits- und Organisationsmethoden, sowie ferner eine Teilnahme am Wettbewerb nach außen hin ¹²⁰⁾.

Die Bindung der Wirtschaftsunternehmen an das "(ökonomische) Ertragsprinzip" ¹²¹⁾ ist hingegen akzessorisch und gibt keinen definitorischen Aufschluß. Gewinnmaximierung gehört nicht zum Begriff des gemeindlichen Wirtschaftsunternehmens, das sich hierin vom Privatunternehmen unterscheidet. Oft wirtschaften kommunale Unternehmungen (in voller Absicht) entweder nur kostendeckend oder defizitär, so daß im Hinblick auf Art.94 BayGO (Ertragsprinzip) nicht von Gewinnmaximierung, sondern von Verlustminimierung ¹²²⁾ gesprochen werden kann.

Umgekehrt können aber auch Unternehmen, die nicht nach Gewinnmaximierung streben, deshalb "wirtschaftlich" sein, weil ihre Leistungen aus volkswirtschaftlicher Sicht eine Wertschöpfung darstellen. Am Merkmal der Wertschöpfung lassen sich gewinnorientierte und gewinnneutrale bzw. verlustorientierte Unternehmen messen und qualifizieren.

Wertschöpfung ist nicht mit Ertrag gleichzusetzen, sondern stellt ein Einzelergebnis im Rahmen summarischer volkswirtschaftlicher Betrachtung dar. Es handelt sich dabei um Produktion, Güterverteilung oder ergänzende Dienstleistungen ¹²³⁾.

120) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.63.

121) Scholz, Einrichtungen, S.116; H.H.Klein, Teilnahme, S.81.

122) H.J.Wolff, AfK 1963, S.160.

123) H.H.Klein, Teilnahme, S.80; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.62; H.J.Wolff, AfK 1963, S.151; 164 f.

Entgegen Rocke ¹²⁴⁾ kommt es nicht darauf an, ob die Gemeinde entschädlich oder unentgeltlich leistet. Wertschöpfung kann auch dann vorliegen, wenn den Leistungen, die sich im volkswirtschaftlichen Gesamtergebnis niederschlagen, kein Entgelt gegenübersteht. Hoheitsträger und speziell die Gemeinden können ihre Unkosten aus Steuermitteln decken; diese Möglichkeit hat die Privatwirtschaft nicht. Sie ist daher auf ein Entgelt angewiesen. Die Notwendigkeit, ein Entgelt zu erhalten, wird ersetzt durch die Möglichkeit, Unkosten aus Steuermitteln zu decken. Im Gesamtergebnis liegt daher bei gemeindlicher Teilnahme an Produktion, Güterverteilung oder ergänzender Dienstleistung ¹²⁵⁾ auch dann Wertschöpfung vor, wenn der erbrachten Leistung ein Entgelt nicht unmittelbar gegenübersteht; der erbrachten Leistung steht - jedenfalls mittelbar - die Unkostendeckung aus Steuermitteln gegenüber. Für dieses Ergebnis sprechen aus kommunalrechtlicher Sicht auch noch folgende Überlegungen:

Der Ertragsgrundsatz ist - wie oben schon dargetan - akzessorisch. Bestehende Wirtschaftsunternehmen sollen einen Ertrag abwerfen ¹²⁶⁾. Damit ist aber der Aspekt der Entgeltlichkeit nicht konstituierendes Merkmal eines wirtschaftlichen Unternehmens, sondern umschreibt nur Folgegrundsätze, nach denen ein wirtschaftliches Unternehmen geführt werden soll. Weiterhin würde die von Rocke vertretene Ansicht dazu führen ¹²⁷⁾, daß unentgeltliche Leistungserbringung in keinem Falle unter die kommunal-

124) DVBl.73, 398 f.

125) Wie unter FN 121.

126) Die Erwirtschaftung eines Ertrages ist zudem nur wünschenswert, nicht aber zwingend, vgl. Masson-Samper, BayGO, Art.79, Rdnr.3; Helmreich-Widtmann, BayGO, Art.79, Anm.6.

127) Rocke sieht diese Konsequenz auch, vgl. DVBl.73, 399.

rechtlichen Schranken der Art.89 ff. BayGO fallen würde. Einzige in Betracht kommende Beschränkungen ließen sich aus den(allgemeinen) Gesetzen und aus dem Verfassungsrecht entnehmen. Entgegen den Regelungen in Art.89 ff. BayGO könnten die Gemeinden am Wirtschaftsleben teilnehmen, sofern sie nur auf ein (unmittelbares) Entgelt Verzicht leisten würden. Dem steht der Intentionsgehalt der Art.89 ff. BayGO¹²⁸⁾ entgegen. Einerseits sollen die kommunalrechtlichen Beschränkungen den Bereich der Privatwirtschaft vor Konkurrenz schützen¹²⁹⁾ und zum anderen gewährleisten, daß ein wirtschaftliches Risiko der Gemeinden in vertretbaren Grenzen bleibt¹³⁰⁾.

Die Möglichkeit des Verzichts auf Entgelt (die - es sei nochmals wiederholt - private Unternehmer nicht haben) muß somit dazu führen, die Entgeltlichkeit als wesensbestimmendes Merkmal eines kommunalen Wirtschaftsunternehmens auszuscheiden. Es wäre sonst in das Ermessen der Gemeinden gestellt, die ihrem eigenen Schutz und den der Privatwirtschaft dienenden Beschränkungen durch Verzicht auf Entgelt zu unterlaufen.

Der Verzicht auf Entgelt allein besagt im übrigen noch nicht, daß eine soziale Veranstaltung vorliegt¹³¹⁾, die nach der herrschenden¹³²⁾ und auch hier vertretenen Ansicht nicht wirtschaftliches Unternehmen im Sinne der Gemeindeordnungen wäre. Zwar gehören Unentgeltlichkeit oder unter dem Durchschnitt liegende Vergütung zum Wesen sozialer

128) Vgl. auch §§ 67 ff. DGO.

129) H.H.Klein, Teilnahme, S.78; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.93; Pagenkopf, Kommunalrecht, S.148 ff.; Rocke, DVBl.73, 399; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.165 ff.

130) Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.92; H.H.Klein, Teilnahme, S.77 f.; Gönnenwein, Gemeinderecht, S.58; 477; Rocke, DVBl.73, 399; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.167.

131) Davon geht Rocke offenbar aus, vgl. DVBl.73, 398 ff.

132) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.66; Hölzl, BayGO, Art.75, Anm.1b; Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S.148; Vogel, BayVB1.73, 372; Masson-Samper, BayGO, Art.75, Rdnr.2.

Leistungen ¹³³⁾, bilden aber nicht deren einziges oder gar wesensbestimmendes Kriterium. Hinzu treten muß notwendigerweise eine tatbestandliche Begrenzung des Leistungsumfanges, die in aller Regel auf die Bedürftigkeit der Leistungsempfänger abstellt ¹³⁴⁾. Erst dann kann von einer sozialen Veranstaltung gesprochen werden, die aus ihrer Zielsetzung heraus die Gebührenfreundlichkeit in sich trüge.

Sofern man das Merkmal der Entgeltlichkeit überhaupt berücksichtigen will, könnte das nach dem Gesagten nur in hypothetischer Form geschehen. Es wäre dann darauf abzustellen, ob die von der Gemeinde durchgeführte Tätigkeit von einem Privatunternehmer üblicherweise nur gegen Entgelt durchgeführt werden würde ¹³⁵⁾.

5. Zusammenfassung

Zusammengefaßt ergibt sich: Ein wirtschaftliches Unternehmen im Sinne des Gemeinderechts liegt vor, wenn die Gemeinde im Bereich der Produktion, Güterverteilung und ergänzenden Dienstleistung wertschöpfend am geschäftlichen Verkehr teilnimmt und sich dabei (wenigstens) organisatorisch eigenständiger Betriebsmittel und kaufmännischer Arbeitsweise bedient. Nicht wirtschaftliche Unternehmen sind solche Veranstaltungen, die kulturelle und soziale Zwecke verfolgen, sowie Pflichtveranstaltungen.

133) Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, S.609 f.; Häberle, Leistungsrecht, S.454 f.; Schröder, HKWP II, S.268 f.; vgl. auch Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.124 f.

134) Schröder, HKWP II, S.268 f.; Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.124 f.; Herbig, Einrichtungen, S.241; Scholz, Einrichtungen, S.233.

135) Vgl. Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S.143.

IV. Das Verhältnis öffentlicher Einrichtungen zu wirtschaftlichen Unternehmen

Die Gemeinden sind zwar nicht gebunden an Rechts- und Handlungsformen ¹³⁶⁾, wenn sie zum Wohl ihrer Einwohner ¹³⁷⁾ Einrichtungen schaffen oder Leistungen erbringen, ebenso wenig sind sie gehalten, die einzelnen Leistungsbeziehungen öffentlich-rechtlich auszugestalten ¹³⁸⁾. Jedoch folgt daraus weder zwingend, daß wirtschaftliche Unternehmen auch öffentliche Einrichtungen sein können, noch läßt sich die umgekehrte Folgerung ziehen. Aus dem oben ¹³⁹⁾ dargestellten Einrichtungsverständnis ergibt sich, daß auch und gerade "wirtschaftende Einrichtungen" ¹⁴⁰⁾ der Verfolgung kommunaler Ziele dienen ¹⁴¹⁾. Es kann sich dabei sehr wohl um Einrichtungen handeln, die nach kaufmännischen Gesichtspunkten geführt, wertschöpfend am geschäftlichen Verkehr teilnehmen, insoweit also der gegebenen Definition wirtschaftlicher Unternehmen entsprechen. Von Bedeutung ist hier zunächst, daß gemeinnützige Einrichtungen (Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der körperlichen Ertüchtigung, der Kranken-, Gesundheits- und Wohlfahrtspflege und Einrichtungen ähnlicher Art ¹⁴²⁾) jedenfalls nicht unter die wirtschaftlichen Unternehmen des Gemeinderechts fallen, mögen sie auch die (objektiven) Kriterien im übrigen erfüllen (negative Abgrenzung). Diese Einrichtungen dienen speziellen

136) Vgl. oben § 3 I.

137) Art. 57 Abs. I BayGO.

138) Vgl. dazu schon oben § 3 II 2 und ausführlich unten, § 10 V.

139) Vgl. § 3 II.

140) Scholz, Einrichtungen, S. 103.

141) Vgl. Badura, DÖV 66, 625 ff.; Scholz, Einrichtungen, S. 22 f.; Hesse, Rechtsstaat, S. 79 f.; Rübner, Formen, S. 139.

142) Erste Ausführungsanweisung in § 1 EigBetrVO vom 22.3.1939, abgedruckt bei Heuser-Geiger, Handbuch, Bd. 1 unter E 1; vgl. dazu auch Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S. 33.

öffentlichen Zwecken. Hinzu kommen - sofern man der umstrittenen Ansicht des BayVerfGH folgt¹⁴³⁾ - die Versorgungsunternehmen der Daseinsvorsorge¹⁴⁴⁾.

Auf der anderen Seite aber sind (zulässige) kommunale Wirtschaftsunternehmen ebenfalls an öffentliche Zwecke gebunden (§ 67 DGO, Art.89 Abs.1 BayGO), soweit sie nicht schon vor der DGO entstanden sind¹⁴⁵⁾. Daraus kann zunächst gefolgert werden, daß für die Erfüllung bestimmter öffentlicher Zwecke (Kultur, Fürsorge, Wohlfahrtspflege) nur das Institut der öffentlichen Einrichtung (resp. der behördliche, verwaltungstypisch hoheitliche Vollzug) zur Verfügung steht, und zwar selbst dann, wenn diese Zwecke durch wirtschaftstypisch bestimmbare Einrichtungen verfolgt werden.

Weiter ergibt sich aber, daß bei der Erfüllung sonstiger öffentlicher Zwecke mit Hilfe einer wirtschaftenden Organisationseinheit ein (in dieser Hinsicht zulässiges) wirtschaftliches Unternehmen vorliegt, auf das die entsprechenden kommunalrechtlichen Vorschriften Anwendung finden.

Diese Zweckbindung ist aber andererseits auch den öffentlichen Einrichtungen wesensimmanent, da diese - ohne Rücksicht auf Rechtsform und Rechtsnatur der individuellen Leistungsbeziehung - in den Gesamtzusammenhang der öffentlichen Verwaltung mit einbezogen sind¹⁴⁶⁾.

143) Dazu oben § 3 III.

144) Die allerdings der BayVerfGH, DÖV 58, 216 ff. dennoch den sonstigen Vorschriften über wirtschaftliche Unternehmen unterwirft, vgl. dazu auch

145) Dazu Köttgen, Daseinsvorsorge, S.58; Scholz, Einrichtungen, S.102.

146) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.58.

Solch eine "funktionale Gleichheit" ¹⁴⁷⁾ wirtschaftender Einrichtung und an öffentlichen Zweck gebundenem Wirtschaftsunternehmen legt die Folgerung nahe, daß beide Institute identisch sein können ¹⁴⁸⁾.

Im Hinblick auf den mit der Einrichtung korrespondierenden öffentlich-rechtlichen Benutzungsanspruch ¹⁴⁹⁾ kann diese Folgerung allerdings nicht uneingeschränkt gelten. Nur soweit die Gemeinde Trägerin des wirtschaftlichen Unternehmens bleibt, somit selbst Leistungsaufgaben unmittelbar vollzieht ¹⁵⁰⁾, stellt sich das Unternehmen als wirtschaftende öffentliche Einrichtung dar. Soweit die gemeindliche Aufgabe mittelbar über eine vom Gemeindeorganismus gelöste Einheit wie z.B. eine juristische Person des Privatrechts erfüllt wird, liegt diese Identität nicht vor, denn in diesem Fall ginge ein öffentlich-rechtlicher Benutzungsanspruch ins Leere ¹⁵¹⁾.

Es ist daher zutreffend, eine Identität zwischen wirtschaftender Einrichtung und wirtschaftlichem Unternehmen zu bejahen ¹⁵²⁾, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen. Dieses Ergebnis stützt sich nicht zuletzt darauf, daß im Grundsatz die Gemeinde nach ihrem Ermessen bestimmen kann, in welcher Form und im Rahmen welchen

147) Scholz, Einrichtungen, S.101

148) Ablehnend Scholz, Einrichtungen, S.102 ff., der insoweit der h.M. entgegentritt und zusätzlich Identität des Funktionsgrundes fordert.

149) Vgl. oben § 3 II 3 und 4.

150) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.60; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.35; vgl. auch Herbig, Einrichtungen, S.17.

151) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.60; ders., DJT 1960, S. 611 f.

152) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.60; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.35; Köttgen, DJT 1960, S.590 ff., 611 ff.; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.121 ff.; Forsthoff, Rechtsfragen, S.13; Hurst, HKWP II, S.836; Badura, Verwaltungsmonopol, S.125.

Rechtsinstituts sie Leistungen erbringen will. Auf eine weitere Modifizierung muß im Rahmen dieser Arbeit verzichtet werden. Insbesondere erübrigt sich ein Eingehen auf die Problematik gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen in diesem Zusammenhang.

V. Vorläufiges Ergebnis

Unterstellt der Gesetzgeber "lapidar" ¹⁵³⁾ die Wohnungsvermittlung der Neuregelung in Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO, so ist damit noch nicht gesagt, welche Vermittlungstatbestände ¹⁵⁴⁾ unter diese Regelung fallen. Es ist zu differenzieren: Soweit die Wohnungsvermittlung soziale Veranstaltung ist, kommen die Beschränkungen wirtschaftlicher Betätigung nicht in Betracht. Zu untersuchen ist daher, welche Vermittlungstatbestände ohnehin nicht unter die Schranken wirtschaftlicher Betätigung fallen. Dabei wird auch zu prüfen sein, in welchem Umfang die Wohnungsvermittlung als "Daseinsvorsorge" anzusehen ist ¹⁵⁵⁾, und inwieweit sie eventuell deshalb nicht unter wirtschaftliche Betätigung fällt. Die soeben umrissene Grundkonzeption gemeindlicher Betätigung zeichnet die ersten Ansätze einer Lösung vor, vermag aber erst im Zusammenhang mit weiteren gesetzlichen Regelungen und einer näheren Betrachtung von Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO endgültigen Aufschluß über Art und Umfang kommunaler Wohnungsvermittlung zu geben ¹⁵⁶⁾.

153) Sailer, BayVB1. 1974, S.549 ff.

154) Vgl. oben § 2 III, IV.

155) Unten sub. § 5.

156) Dazu im Folgenden sub. §4.

§ 4 Gesetzliche Grundlagen kommunaler Wohnungsvermittlung

I. Wohnungsrechtliche Vorschriften

1. Das Wohnungsvermittlungsgesetz

Das Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4.11.71 ¹⁾, für das sich die Bezeichnung "Artikelgesetz" eingebürgert hat ²⁾, enthält in Artikel 9 das Wohnungsvermittlungsgesetz (WVG). Das Gesetz findet Anwendung auf jeden, der Wohnräume nachweist oder vermittelt und ist nicht auf gewerbsmäßige Wohnungsmakler beschränkt ³⁾. Bei der hier angeschnittenen Problematik geht es um die Frage, ob sich aus dem WVG in irgendeiner Weise ableiten läßt, daß der Gesetzgeber die Materie der Wohnungsvermittlung als Aufgabe der Kommunalverwaltung ansieht.

Man muß nicht erst den gesetzgeberischen Intentionen folgen, die zur Schaffung des Gesetzes geführt haben, um festzustellen, daß genau das Gegenteil der Fall ist. Zielrichtungen und Inhalt des Gesetzes verbieten die Annahme, Wohnungsvermittlung generell als staatliche oder kommunale Verwaltungsaufgabe anzusehen. Das Gesetz regelt, wie die Wohnungsmakler ihre Gebühren ⁴⁾ berechnen sollen, es bringt Klarheit in die oft beklagten undurchsichtigen Methoden eines Berufsstandes, dem die prinzipielle Berechtigung kaum abgesprochen

1) BGBl.I, S.1745.

2) Breiholdt, MDR 72, 918; Rocke, DVBl.73, 401; Protokoll des BayLT (Ausschuß für Verfassungs-, Rechts- und Kommunalfragen), 44.Sitzung vom 7.3.72, S.13.

3) Breiholdt, MDR 72, 918.

4) Das WVG löst damit die VO zur Regelung der Entgelte für Wohnungsvermittler vom 19.10.42 (RGBl.I, S.625) ab, vgl. dazu § 9 Abs.1 WVG.

werden kann. So soll vor allem durch die §§ 2 bis 5 WVG dem Betrug durch Offenbarungspflichten vorgebeugt werden, deren Einhaltung in anderen Branchen eine Selbstverständlichkeit ist. In der Praxis hat sich eben leider gezeigt, daß - was selbst von den Maklerverbänden nicht bestritten wird ⁵⁾ - auch (und gerade) unzuverlässige Personen das Vermittlergewerbe in der Hoffnung auf leicht zu verdienendes Geld aufzunehmen.

Die vom Ring Deutscher Makler bereits 1963 beim Bundeskartellamt eingebrachten Wettbewerbsregeln für Makler ⁶⁾ konnten offenbar nicht dazu führen, auf eine gesetzliche Regelung zu verzichten. Es versteht sich nahezu von selbst, daß bestimmte Verstöße gegen das WVG als Ordnungswidrigkeiten geahndet werden können ⁷⁾.

Auch unter Verzicht auf Einzelheiten ⁸⁾ kann hier schon festgestellt werden, daß das WVG (nur) Modalitäten der Materie Wohnungsvermittlung regelt und in erster Linie auf den privaten Rechtsverkehr zugeschnitten ist. Auch die eventuell in Frage stehende Anwendbarkeit des WVG auf die vermittelnden Gemeinden ändert daran nichts. Die Träger der Leistungsverwaltung sind grundsätzlich auch an Gesetze gebunden, die an die Allgemeinheit adressiert sind ⁹⁾.

5) Vgl. "Der Spiegel" vom 23. April 1973, S. 26 ff.

6) Beschluß des Bundeskartellamtes vom 19.8.1963, Az. B 3 - 716 700 - v - 120/62, zitiert nach Breiholdt, MDR 72, 918.

7) § 8 WVG.

8) Vgl. dazu unten § 11.

9) Zur Anwendbarkeit "allgemeiner" Normen auf Träger der Leistungsverwaltung vgl. Püttner, Unternehmen, S. 39; Hesse, Grundzüge, S. 80 ff.; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 20, Anm. VI 4 b und VI 4 f. H. J. Wolff, VR III, S. 169; BVerwG, BayVBl. 73, 49.

Hoheitsträger sind nicht ausdrücklich tatbestandlich erfaßte Subjekte des WVG, sondern erfüllen allenfalls ¹⁰⁾ den tatbestandlichen Begriff "jeder" (§ 1 WVG), wenn sie Wohnungsvermittlung betreiben. Aus der Anwendbarkeit eines Gesetzes auf Verwaltungsträger kann aber noch nicht gefolgert werden, daß die geregelte Materie dem Bereich öffentlicher Verwaltung zugehört. Vielmehr muß umgekehrt gefolgert werden: Erst wenn Verwaltungsträger, hier speziell die Gemeinden, legitim Wohnungsvermittlung betreiben, findet das WVG unter Umständen Anwendung und bestimmt dann die (weiteren) Grenzen und Modalitäten der an sich schon zulässigen Vermittlungstätigkeit. Dem WVG ist ein Zuweisungsgehalt nicht zu entnehmen. Ebenso wenig kann das WVG als Rechtsgrundlage in Betracht kommen, nach der sich die Zulässigkeit der kommunalen Vermittlung bestimmt ¹¹⁾. Das WVG stellt keinerlei Zulässigkeitsanforderungen ¹²⁾, es bestimmt nur den Rahmen der Ausübung und zwar - vom Wortlaut her - für jedermann.

2. WohnraumbewirtschaftungsG

Bereits im letzten Viertel des vorigen Jahrhunderts ¹³⁾ gab es eine soziale Wohnungsfrage, bedingt durch Industrialisierung und stetiges Wachstum der Bevölkerung. In den Jahren nach den beiden Weltkriegen steigerte sich der Wohnungsbedarf bis zur allgemeinen Wohnungsnot.

10) Breiholdt, MDR 72, 918, FN 4, weist darauf hin, daß die Anwendbarkeit auf die Kommunen zweifelhaft sein kann.

11) Ebenso Küchenhofs, Gutachten, S.7 f., allerdings ohne Begründung.

12) Solche sind - zumindest für private Makler - in § 34 - GewO (eingefügt durch Gesetz vom 16.8.72, BGBl. I, S.1465) enthalten, der das Vermittlungsgesetz entgegen der früheren Rechtslage an eine persönliche Erlaubnis bindet, die insbesondere bei Unzuverlässigkeit versagt werden kann.

13) Jörg, Recht auf Wohnung, S.10.

Die Gesetzgebung versuchte, den faktischen Bedürfnissen jeweils durch zwangsweise Wohnraumbewirtschaftung gerecht zu werden ¹⁴⁾.

Die Gemeinden waren zum Teil mit dem Vollzug der gesetzlichen Vorschriften befaßt. Gesetzliche Grundlage für die Zuteilung von Wohnraum bildeten in der jüngsten Vergangenheit die §§ 9 bis 20 WBewG ¹⁵⁾. Die Zuteilung erfolgt u.a. durch die Wohnungsämter kreisfreier Gemeinden ¹⁶⁾. Der Nachweis von Wohnraum im Rahmen zwangsweiser Bewirtschaftung muß begrifflich nicht von der Wohnungsvermittlung unterschieden werden. Auf das eingangs ¹⁷⁾ eingeführte Merkmal der Freiwilligkeit beider Partner (vor allem des Verfügungsberechtigten) bei der Vermittlung ist nicht der begrifflich entscheidende Akzent zu legen. Auch die zwangsweise Zuteilung von Wohnraum durch einseitigen, hoheitlichen Akt ¹⁸⁾ unter letztlichem Verzicht auf Konsens beinhaltet nichts anderes als die Zusammenführung von Wohnungssuchenden und Verfügungsberechtigten. Die Freiwilligkeit wird auf Grund spezifischer Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen aufgegeben.

Diese Art der "Vermittlung" hatte der Gesetzgeber zur öffentlichen Aufgabe gemacht. Es liegt in den Fällen zulässiger Zwangsbewirtschaftung eine speziell geregelte Ma-

14) Überblick bei Jörg, Recht und Wohnung, S.10 f. für die Zeit bis 1946; ferner Palandt-Gramm (27.Aufl. 1968), Einf. vor § 535 BGB, Anm.5 B a, für die Zeit von 1939 bis 1968.

15) Vom 31.3.53 (BGBl.I, S.97), zuletzt geändert durch das Zweite WohnBauG vom 27.6.56 (BGBl. I, S.523).

16) Ehrenforth, II WohnBauG, § 75 Anm.2a, vgl. für Bayern die VO vom 20.10.65, GVBl. S.308.

17) Oben § 2 II.

18) Roquette, WBewG, § 15, Anm.2; Forsthoff, VR I, S.252; Jörg, Recht auf Wohnung, S.42; polemisch Max J.Wolff, Zwangswirtschaft und Wohnungswesen, S.24 und Jörrissen, Wohnungszwangswirtschaft, S.9.

terie der Eingriffsverwaltung vor, die materiell den Aspekt der Wohnungsvermittlung enthält.

Die Materie konnte allerdings nur insoweit hoheitliche Aufgabe sein, als die zwangsweise Vermittlung den tatbestandlichen Voraussetzungen des WBewG entsprach. Es lag eine tatbestandlich fixierte Eingrenzung auf spezifische Vermittlungsfälle vor.

Nach dem geltenden Recht sind diese Fragen letztlich unerheblich, da die Wohnungszwangswirtschaft zum 31.12.68 aufgehoben wurde ¹⁹⁾. Gerade die Aufhebung der Zwangswirtschaft ist ein Zeichen dafür, daß der Gesetzgeber nur in Zeiten der Wohnungsnot die Verantwortlichkeit für die Beschaffung von Wohnraum Verwaltungsträgern übertragen wollte, daß er aber bei - aus seiner Sicht - normalisierten Zuständen die Aufgabe der Privatwirtschaft überlassen will.

3. Wohnungsbindungsgesetz

Nicht alle Bindungen sind mit Aufhebung der Zwangswirtschaft entfallen. Für den speziellen Bereich des sozialen Wohnungsbaues finden sich Sonderregelungen über den Nachweis von Wohnungen im Wohnungsbindungsgesetz ²⁰⁾ (WohnBindG).

19) Palandt-Putzo, BGB, Anm.12 vor § 535; ausführlicher Palandt-Gramm (27.Aufl.) Einf. vor § 535, Anm.5 B b.

20) Vom 24.8.1965, BGBI. I, S.954, in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.8.68, BGBI. I, S.889.

Die Vorschriften des WohnBindG ergänzen das Erste und Zweite Wohnungsbaugesetz. Sie schließen sich zeitlich ²¹⁾ an die Aufhebung der Wohnraumbewirtschaftung und den Wegfall der Mietpreisbindungen ²²⁾ an. Ziel des Gesetzes ist es, die öffentlich geförderten Wohnungen (Sozialwohnungen) nicht völlig dem freien Markt zu überlassen, sondern vielmehr die Zweckbindung staatlicher (und kommunaler) Zuschüsse zu realisieren. Für Sozialwohnungen bestehen weiterhin Mietpreisbindungen ²³⁾.

Die Regelungen des WohnBindG bringen als Ergänzung des gesamten sozialen Wohnungsrechts ²⁴⁾ zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber es als öffentliche Aufgabe betrachtet, durch Förderung und eigene Initiative preisgünstigen Wohnraum für weniger begüterte Bevölkerungsschichten zu schaffen. Diese Intention braucht nicht in Frage gestellt zu werden. Auch die Kommunen haben ihren Anteil an dieser Aufgabe. Sie fördern nicht nur durch entsprechende Mittel oder Darlehen ²⁵⁾ den Wohnungsbau, sondern unterhalten weithin auch kommunale Wohnungs(bau)unternehmen ²⁶⁾ oder sind an solchen beteiligt ²⁷⁾. Im Zusammenhang mit der Wohnungsvermittlung ist § 4 Abs.4 WohnBindG von Bedeutung. In

21) Fischer-Dieskau, WohnBindG, Einführung, S.2.

22) Die Preisbindungen entfielen mit dem 31.12.67, vgl. Küchenhoff, Gutachten, S.6; Palandt-Putzo, BGB (33. Aufl.), Einf. vor § 535, Anm.12. Ausnahmen gelten für München, München-Land, Berlin und Hamburg (Gesetz vom 30.10.72, BGBI. I, S.2051), wonach die bisher preisgebundenen Wohnungen bis 31.12.1974 gebunden bleiben sollen.

23) §§ 8, 8a, 8b WohnBindG.

24) Vgl. oben § 6 II 1 FN 56 (S.87).

25) Etwa auch im Rahmen freiwilliger Darlehensvergabe ohne gesetzliche Grundlage, vgl.dazu Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.124.

26) Dazu Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.124.

27) Wie vorige Fußnote und Gaentzsch, Der Städtetag, 1971, 192 f.

der Vorschrift kommt zum Ausdruck, daß unter bestimmten Voraussetzungen, die sich vor allem aus den Intentionen öffentlicher Förderung ergeben, Gemeinden ein Belegungsrecht ²⁸⁾ an Wohnungen haben können: § 4 Abs.4 WohnBindG lautet:

"Sind für den Bau der Wohnung Mittel einer Gemeinde oder eines Gemeindeverbandes mit der Auflage gewährt, daß die Wohnung einem von der zuständigen Stelle benannten Wohnungssuchenden zu überlassen ist, so hat die zuständige Stelle dem Verfügungsberechtigten bis zur Bezugsfertigkeit oder bis zum Freiwerden der Wohnung mindestens drei Wohnungssuchende zur Auswahl zu benennen, bei denen die Voraussetzungen erfüllt sind, die zur Erlangung einer Bescheinigung nach § 5 erforderlich wären. Der Verfügungsberechtigte darf die Wohnung nur einem der benannten Wohnungssuchenden überlassen; der Vorlage einer Bescheinigung nach § 5 bedarf es insoweit nicht. Hatte der Verfügungsberechtigte oder sein Rechtsvorgänger sich gegenüber der Wohnungsbehörde im Sinne des § 1 Abs.2 des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes verpflichtet, die Wohnung nur einem von ihr benannten Wohnungssuchenden zu überlassen, so gelten die Sätze 1 und 2 sinngemäß mit der Maßgabe, daß die Wohnungssuchenden von der zuständigen Stelle benannt werden."

Zuständige Stellen sind in Bayern die Kreisverwaltungsbehörden ²⁹⁾, deren Aufgaben wiederum die kreisfreien Gemeinden nach Art.9 Abs.1 BayGO erfüllen. Für die Stadt

28) Küchenhoff, Gutachten, S.7; Gaentzsch, Der Städtetag 1972, S.192 f.

29) VO vom 20.10.65, GVB1. S.308.

München und den Landkreis München ³⁰⁾ gilt abweichend von § 4 Abs.4 WohnBindG die Verordnung vom 23.Juli 1970 (GVBl.S.340), deren § 1 folgenden Wortlaut hat:

(1) Der Verfügungsberechtigte einer neugeschaffenen öffentlich geförderten Wohnung (§ 1 des Wohnungsbindungsgesetzes 1965) darf diese in der Landeshauptstadt München nur einem von der Landeshauptstadt München und im Landkreis München nur einem vom Landratsamt München benannten Wohnungssuchenden überlassen. Die zuständige Stelle hat dem Verfügungsberechtigten mindestens drei Wohnungssuchende zur Auswahl zu benennen, bei denen die Voraussetzungen erfüllt sind, die zur Erlangung einer Bescheinigung nach § 5 des Wohnungsbindungsgesetzes 1965 erforderlich wären. Der Vorlage einer solchen Bescheinigung bedarf es nicht.

(2) Die Landeshauptstadt München und das Landratsamt München haben Wohnungssuchende nach der sozialen Dringlichkeit ihrer Bewerbung, bei gleicher Dringlichkeit nach der Dauer ihrer Bewerbung zu benennen; einen bei der Bewilligung der öffentlichen Mittel erklärten Vorbehalt für Angehörige eines bestimmten Personenkreises haben sie zu beachten. Eine Bewerbung ist insbesondere dann sozial dringlich, wenn der Wohnungssuchende wegen der Größe seiner Familie, wegen der Entfernung zwischen Wohnung und Arbeitsstätte oder aus gesundheitlichen oder anderen Gründen unzureichend

30) Für die Städte Hamburg und Berlin vgl. oben § 2 III, FN.35.

untergebracht oder wirtschaftlich notleidend ist oder wenn er seinen gegenwärtigen Wohnraum auf Grund eines Nutzungsverbots, einer Beseitigungsanordnung oder eines gerichtlichen Räumungstitels räumen muß.

(3) Gegenüber Genossenschaften oder Wohnungsunternehmen in der Rechtsform des eingetragenen Vereins, die nach ihren Satzungen Wohnungen nur an Mitglieder vergeben dürfen, haben die Landeshauptstadt München und das Landratsamt München nur Wohnungssuchende zu benennen, die die Satzungsbestimmungen erfüllen; erfüllen nur Wohnungssuchende die Satzungsbestimmungen, deren Bewerbung nicht sozial dringlich ist, so können die Landeshauptstadt München und das Landratsamt München Wohnungssuchende benennen, deren Bewerbung sozial dringlich ist und die zum Erwerb der Mitgliedschaft in der Genossenschaft oder dem Verein geeignet und bereit und zur Erfüllung der damit verbundenen Pflichten in der Lage sind.

(4) Der Verfügungsberechtigte hat binnen zwei Wochen, nachdem er die Wohnung einem Wohnungssuchenden überlassen hat, der Landeshauptstadt München oder dem Landratsamt München den Namen des Wohnungssuchenden mitzuteilen.

(5) § 4 Absätze 1 und 5 des Wohnungsbindungsgesetzes 1965 bleibt unberührt.

Faßman den wesentlichen Inhalt der Regelungen thesenartig zusammen, so ergibt sich folgendes:

(I) Belegungs- und Vorschlagsrechte der Kreisverwaltungsbehörden (kreisfreien Gemeinden) ermöglichen es, bestimmte Objekte des Wohnungsbaues an einen begrenzten Kreis von Wohnungssuchenden zu vermitteln.

(II) Es kommen als Objekte nur Sozialwohnungen in Betracht.

(III) Der Nachweis kann nur an einkommensschwache Wohnungssuchende erfolgen ³¹⁾

Durch diese Regelung soll aber nur gewährleistet sein, daß bestimmte öffentlich geförderte Wohnungen auch wirklich den sozialpolitisch erwünschten Zielen dienen. Die Bindung der Sozialwohnungen an öffentliche Zwecke drückt sich notwendig darin aus, daß die Verfügungsberechtigten nicht nach Belieben von ihrem Verfügungsrecht Gebrauch machen können. Zwangsläufig müssen staatliche Stellen die intentionalen Bindungen überwachen und lenken. Das führt letztlich zu einer speziellen und stark begrenzten Vermittlungstätigkeit, die aber nur eine Nebentolge der Bindung von Wohnraum an einen öffentlichen Zweck darstellt. Keinesfalls ist damit gleichzeitig ausgedrückt, daß die Wohnungsvermittlung schlechthin als Aufgabe der Kommunalverwaltung anzusehen ist.

Aufgabe nach dem WohnBindG ist vielmehr nur Überwachung der Einhaltung und Wahrung des öffentlichen Zweckes, dem die Sozialwohnungen gewidmet sind.

Eine Umfrage des Deutschen Städtetages ergab, daß in zahlreichen Städten solche Belegungsrechte bestehen ³²⁾. Die kommunalen Wohnungsämter kreisfreier Gemeinden ³³⁾ machen von den Möglichkeiten des WohnBindG Gebrauch, um damit Wohnungsnotfälle zu beseitigen ³⁴⁾.

Es ist dabei davon auszugehen, daß die unter die Voraussetzungen des WohnBindG (§§ 4 IV, 5 in Verbindung mit § 25 II, WohnBauG) subsumierbaren Vermittlungs- resp. Nachweisfälle quasi Wohnungsnotfälle darstellen. Dies wird

31) § 5 WohnBindG in Verbindung mit § 25 Abs.1 II WohnBauG.

32) Gaentzsch, Der Städtetag, 1972, S.192.

33) In München z.B. das Amt für soziale Wohnungsfragen.

34) Gaentzsch, Der Städtetag 1972, S.192.

deutlich, wenn man sich vor Augen führt, daß die (sozialen) Wohnungsämter nur Wohnungssuchende durch den Nachweis einer "billigen" Sozialwohnung unterstützen dürfen, deren Einkommen die in § 25 II WohnBauG bezeichneten Grenzen nicht übersteigen. Mithin kann man davon ausgehen, daß sich Wohnungssuchende, welche die genannten Voraussetzungen erfüllen, nach gesetzlicher Vermutung in einer Zwangslage befinden, die sie auf staatliche Unterstützung angewiesen sein läßt. Der Gesetzgeber hat damit ausgedrückt, daß die umfassende Betreuung dieser von ihm tatbestandlich skizzierten Fälle notwendiger sozialer Unterstützung eine öffentliche Aufgabe ist. Zur umfassenderen Betreuung gehört neben der sekundären Förderung konsequenterweise auch, daß staatliche Stellen den zweckgebundenen Wohnraum dem Kreis von Wohnungssuchenden zuführen, der auf Unterstützung angewiesen ist. Es bleibt festzustellen, daß eine auf die angeführten Tatbestände beschränkte Vermittlung eine öffentliche Aufgabe im Rahmen sozialstaatlicher Verpflichtungen ³⁵⁾ ist. Gleichzeitig läßt aber die gesetzliche Beschränkung auf bestimmte Fallgruppen ³⁶⁾ nicht auch darauf schließen, daß eine generelle Vermittlungstätigkeit, die sich auf alle Vermittlungstatbestände ausdehnt, ebenfalls dem Kreis der kommunalen Aufgaben zugeschlagen werden kann. Die Wahrnehmung der in § 4 Abs.4 genannten Aufgaben gehört zum Kreis der Kommunalverwaltung im weiteren Sinn. Es handelt sich um staatliche Aufgaben, die in die Kommunalverwaltung insoweit integriert sind, als die Gemeinden mit ihrer Wahrnehmung betraut sind. Letztlich sind - das wurde schon oben gesagt - nur die kreisfreien

35) Vgl. Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.103.

36) Vgl. die oben unter § 2 IV Genannten.

Gemeinden betroffen, die Aufgaben der Kreisverwaltungsbehörden gemäß Art.9 Abs.1 BayGO erfüllen.

4. Die Landeswohnungsordnung

Die Landeswohnungsordnung ³⁷⁾ enthält Regelungen über die Aufgaben der Gemeinden auf dem Gebiet des Wohnungswesens, soweit nicht schon bundesgesetzliche Spezialregelungen bestehen. Der wesentliche Akzent des Gesetzes liegt auf Überwachung und Wohnungsaufsicht (Art.1 und 5 LWO). So haben die Gemeinden u.a. die Pflicht, die ordnungsgemäße Benutzung von Wohnungen sowie deren Beschaffenheit zu überwachen. Im Vordergrund stehen dabei technische (Art.10 ff.), sittliche (Art.2 II, 21) und hygienische (Art.25 ff.) Erwägungen.

Der Wohnungsvermittlung gilt Art.45 LWO, der hier im Wortlaut wiedergegeben wird:

"Den Gemeinden obliegt die Beaufsichtigung der Wohnungsvermittlung. Durch Kreis- oder Ortsvorschrift kann angeordnet werden, daß Personen, Firmen oder Vereinigungen, die gewerbsmäßig Wohnungen oder Wohnräume vermitteln, der Gemeinde nach deren näheren Weisungen die ihnen zur Vermittlung mitgeteilten und die von ihnen vermittelten Wohnungen und Wohnräume sowie alle hierfür erhobenen Vergütungen anzuzeigen, ihr alle benötigten Auskünfte wahrheitsgemäß zu erteilen und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gestatten haben; auch können Ankündigungen der genannten Personen, Firmen oder Vereinigungen in öffentlichen

37) LWO vom 8.Februar 1937 (BayBS II, S.463), geändert durch Gesetz vom 31.Juli 1970 (GVBl. S.345); entsprechende Regelungen enthält auch das Preußische Wohnungsgesetz vom 28.3.1919 (PrGS, S.23), das in einzelnen Bundesländern noch gilt, so z.B. in Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und in Teilen von Hessen.

Blättern usw. von der vorherigen schriftlichen Genehmigung der Gemeinde abhängig gemacht werden."

Danach bleibt die Wohnungsvermittlung zunächst außerhalb des Bereichs der durch die LWO den Gemeinden auferlegten Aufgaben. Das öffentliche Recht ist zum großen Teil Ordnungsrecht ³⁸⁾, das ein Funktionieren des Gemeinschaftslebens gewährleisten soll. Überwachungsfunktionen nehmen die Verwaltungsbehörden auf nahezu allen Gebieten wahr ³⁹⁾, um eine rechtsstaatliche Ordnung "innerhalb des sozialen und politischen Ganzen" ⁴⁰⁾ zu ermöglichen.

Die Zuweisung aufsichtlicher Befugnisse muß nicht gleichzeitig auch bedeuten, daß die Materie selbst eine öffentliche Aufgabe darstellt, oder daß die Aufsichtsbefugnis eine Ermächtigung enthält, die zu überwachende Materie selbst durchzuführen.

Sie schließt aber auch nicht aus, daß die überwachte Materie dem Kreis öffentlicher Aufgaben bereits angehört oder erst erschlossen wird.

Der öffentliche Beförderungsverkehr und die Energieversorgung mögen dies beispielhaft verdeutlichen. Beide Materien unterliegen staatlicher Aufsicht, sind aber gleichzeitig Gegenstand öffentlicher Unternehmen, welche ihre Berechtigung aus öffentlicher Aufgabenerfüllung ableiten ⁴¹⁾.

Art.45 LWO ist - entgegen der Ansicht Küchenhoffs ⁴²⁾ - somit im Hinblick auf eine Charakterisierung der Materie Wohnungsvermittlung neutral.

Keinesfalls indiziert die Überwachungsfunktion der Gemeinden, daß die Wohnungsvermittlung der Privatwirtschaft überlassen bleiben soll, und lediglich ihre Überwachung eine öffentliche Aufgabe sein kann ⁴³⁾.

38) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.62 ff.; Bull, Staatsaufgaben, S.347 f.

39) An Beispielen seien wahllos herausgegriffen die Gewerbeordnung, das Straßenverkehrsgesetz, die Straßenverkehrsordnung, die Bayerische Bauordnung, das Gaststätten-gesetz, das Luftverkehrsgesetz, das Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde und besonders § 34c GewO als Parallelbeispiel).

Es liegt vielmehr die gegenteilige Folgerung nahe, daß eine Materie gerade deswegen Öffentlichkeitsrelevant ist, weil der Gesetzgeber eine staatliche Beaufsichtigung für notwendig erachtet.

So sollen die Gemeinden nach Art.2 Abs.1 Ziff.3 LWO im Rahmen der Wohnungsfürsorge Wohnungssuchende bei der Anmietung unterstützen. Die Vorschrift lautet:

"Die Beaufsichtigung des Wohnungswesens (Wohnungsaufsicht) hat die Aufgaben

1) ...

2) ...

3) das Wohnungswesen in der Gemeinde zu überwachen, insbesondere sich einen laufenden Überblick über die vorhandenen Wohngebäude, Wohnungen und Wohnräume zu beschaffen, die Wohnungssuchenden bei der Anmietung von Wohnungen nach Möglichkeit zu unterstützen, die Erbauung, Erhaltung, Erneuerung und Gesundung von Wohngebäuden, Wohnungen und Wohnräumen zu fördern und auf Verbesserung der Wohnungsverhältnisse, namentlich der Minderbemittelten und ... kinderreichen Familien, hinzuwirken (Wohnungsfürsorge)."

Es ist nicht ganz ausgeschlossen ⁴⁴⁾, die Wohnungsvermittlung dem Aufgabenbestand zuzuordnen, der in dieser Vorschrift generalklauselartig umschrieben ist, da die Gemeinden Wohnungssuchende "bei der Anmietung von Wohnungen nach Möglichkeit

40) Hesse, Rechtsstaat, S.561; vgl. auch Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.62.

41) Püttner, Energieversorgung, passim; ders., Unternehmen, S.200 f.

42) Gutachten, S.8.

43) So aber (wohl) Küchenhoff, Gutachten, S.8; vgl. ferner Hoffmann, Die Demokratische Gemeinde, 1971, S.347.

44) Dieser Weg wurde anfangs z.B. in Nürnberg beschritten, vgl. Sitzungsprotokoll (Rechtsausschuß)BayLT vom 7.3.72, S.14.

nach Möglichkeit zu unterstützen" haben. Doch muß eine Auslegung der Vorschrift die Intention des Gesetzgebers berücksichtigen. § 2 Abs.1 Ziff.3 enthält eine Legaldefinition des Begriffs der Wohnungsfürsorge. Das bedeutet, daß der fürsorgerische Gedanke auch Eingang finden muß in die Interpretation der beispielhaft aufgezählten Befugnisse der Wohnungsaufsicht, aus denen sich wiederum die Rechtsnatur der Aufgaben ableiten läßt. Berücksichtigt man ferner, daß die Wohnungsvermittlung nach Art.45 LWO (generell) nicht zu den selbst vorzunehmenden Aufgaben der Gemeinden gehört, so ergibt sich, daß nur Wohnungsvermittlung als fürsorgerische Maßnahme in den Aufgabenbereich der gemeindlichen Wohnungsaufsicht fallen kann. Ob eine über diesen Umfang hinausgehende Wohnungsvermittlung gleichwohl Aufgabe der Kommunalverwaltungen sein kann, beantwortet die LWO nicht.

Man wird andererseits aber auch nicht der Meinung ⁴⁵⁾ folgen können, daß die LWO keinerlei Ermächtigung oder Zuweisung enthalte. Vielmehr hat sich der "Sozialgehalt" ⁴⁶⁾ der Aufgaben der Wohnungsfürsorge an verfassungsrechtlich verankerten Wertentscheidungen zu orientieren. Die Sozialstaatsklausel als Staatszielbestimmung verstanden ⁴⁷⁾ ist auch eine Auslegungsregel ⁴⁸⁾, die besonders dann ihre Wirksamkeit entfalten muß, wenn es gilt, die Selbständigkeit und damit die "materielle Grundrechtsfähigkeit" ⁴⁹⁾ der Individuen aufrechtzuerhalten oder wiederherzustellen. Die Konzipierung des sozialen Wohnungsrechtes entspricht dieser allgemeinen Zielvorstellung, die im bayrischen Verfassungsrecht in den Art.106 und 125 Abs.3 BayVerf ihre spezielle Ausprägung gefunden hat ⁵⁰⁾.

45) Küchenhoff, Gutachten, S.8 (ohne Begründung); Hoffmann, Die Demokratische Gemeinde, 1971, S.347.

46) Scholz, Einrichtungen, S.229.

47) Forsthoff, VVDStRL 12, S.27; Herbig, Einrichtungen, S.182; Lerche, Übermaß, S.231; BVerfGE 1, 97.

48) Forsthoff, VVDStRL 12, S.28; Bachof, VVDStRL 12, S.43; Hueck, Sozialstaatsgedanke, S.415,429.

49) Herbig, Einrichtungen, S.243.

50) Vgl. dazu Zacher, BayVB1.73, 57.

Als Auslegungsmaßstab können die Normen des sozialen Wohnungsrechts herangezogen werden; der Gesetzgeber selbst hat zum Ausdruck gebracht, in welchen Fällen die Wohnungsfürsorge öffentlich-rechtliche Ausgestaltung erfahren soll. Es wäre verfehlt, diese Wertungen bei der Auslegung der hier in Frage stehenden Vorschrift nicht zu berücksichtigen. Grundsätzliche Entscheidungen des sozial-politisch verpflichteten Gesetzgebers ⁵¹⁾ im Bereich einer Materie müssen auch Eingang finden in solche Vorschriften der gleichen Materie, die einer gleich oder ähnlich lautenden ausdrücklichen Grundsatzentscheidung entbehren. Es ist daher geboten, die nach § 2 Art.1 Ziff.3 LWO eingeräumten Befugnisse so auszulegen, daß der gemeindlichen Wohnungsfürsorge auch die Aufgabe zufallen kann, Wohnungen an solche Wohnungssuchenden zu vermitteln, die unter die ersten beiden der oben genannten Fallgruppen ⁵²⁾ anzusiedeln sind. Zum einen handelt es sich dabei um Wohnungsnotfälle, zum anderen um solche Wohnungssuchende, die zum Bezug einer Sozialwohnung berechtigt wären. Insoweit liegt eine durch den Gesetzgeber konkretisierte öffentliche Aufgabe vor ⁵³⁾. Im Ergebnis entspricht das den schon bei der zum WohnBindG getroffenen Feststellungen, jedoch mit der Abweichung, daß als Vermittlungsobjekte nicht nur Sozialwohnungen in Betracht kommen ⁵⁴⁾.

51) Forsthoff, VVDStRL 12, S.28 ff.; Zacher, DÖV 1970, 3.

52) Vgl. oben sub.§ 2 IV.

53) Dazu im einzelnen unten § 8.

54) Vor Änderung des Art.89 (früher 75) BayGO wurde in der Praxis, z.B. in Nürnberg, auch so verfahren, vgl. Günther, Die Demokratische Gemeinde 1972, S.131; für rechtlich unbedenklich hielt diese "eingeschränkte" Vermittlung u.a. der bayrische Innenminister Merk, vgl. BayLT Drs.7/1251, S.2 (Entwurf auf eine Anfrage des Abgeordneten Langenberger vom 4.5.1971).

Eine weitere Abweichung ergibt sich daraus, daß die Gemeinden Träger der Wohnungsaufsicht sind.. Es sind also nicht nur die kreisfreien Gemeinden mit den Aufgaben der Wohnungsaufsicht betraut, sondern grundsätzlich alle Gemeinden. Die Befugnisse der Wohnungsaufsicht sind nach Art.8 Abs.1 BayGO übertragene Angelegenheiten. Der Auftrag des Art.2 LWO ist auch durch den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft nicht überholt, sondern ist immer noch als bindend anzusehen ⁵⁵⁾.

II. Die Regelung durch Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO

1. Die Zulässigkeitskriterien

Art.89 Abs.3 Satz 3 stellt Zulässigkeitsvoraussetzungen auf, bei deren Vorliegen die Gemeinden Wohnungen vermitteln dürfen. "Die besondere Gefährdung der Versorgung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen" enthält als Zulässigkeitstatbestand zwei korrespondierende Elemente, die für eine Subsumtion von Bedeutung sind. Zum einen hat die Ausfüllung der abstrakten Formulierung mit Hilfe empirisch fixierbarer ⁵⁶⁾ Maßstäbe zu erfolgen. Grundlage bilden konkrete Zahlen über Wohnungsfehlbestand, Überteuerung und ähnliche Merkmale. Die Ausfüllung des abstrakten Tatbestandes ist damit insoweit nicht Ermessensbetätigung, sondern Auslegung ⁵⁷⁾.

Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff ⁵⁸⁾. Das würde bedeuten, daß das Vorliegen der Zulässigkeitsvoraussetzungen nur bejaht o d e r verneint werden könnte, ohne daß dabei eine Wahlmöglichkeit der Gemeinden in Betracht käme.

55) BayLT, Drs.7/1757, in der die Auffassung des Bayer. Innenministeriums wiedergegeben ist.

56) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.90.

57) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.86.

58) Masson-Samper, BayGO, Art.75, Rdnr.19; wohl auch, obwohl nicht expressis verbis Hölzl, BayGO, Anm.2a.

Zum anderen enthält der gesetzliche Tatbestand aber auch Wertbegriffe ⁵⁹⁾ ("angemessen", "besondere Gefährdung"), deren Ausfüllung nicht mit Hilfe konstanter Faktoren ⁶⁰⁾ erfolgen kann. Da empirische und weithin variable ⁶¹⁾, wertausfüllende Faktoren die Ausfüllung des Tatbestandes mit konkretem Gehalt bestimmen, ist es u.U. möglich, daß mehrere (graduell unterschiedliche) Anwendungsfälle vorliegen können, die sämtlich vom gesetzlichen Tatbestand noch gedeckt sein können ⁶²⁾.

Eine Nachprüfbarkeit (durch den Richter) könnte dann nicht in vollem Umfang erfolgen ⁶³⁾.

Allerdings kann diese Anschauung dann nicht gelten, wenn Wertbegriffe nicht so allgemein gefaßt sind ⁶⁴⁾, daß mit Hilfe empirischer Faktoren Wertvorstellungen meßbar werden. Das gilt vor allem dann, wenn eine Wertung durch statistisch vergleichendes Material möglich ist ("angemessener Wohnraum"; Gefährdung der Versorgung, falls der Wohnungsfehlbestand eine Versorgung mit "angemessenen Wohnraum" in Frage stellt). Da der Tatbestand des Art.89 Abs.3 S.3 Wertbegriffe enthält, die einer empirischen Ermittlung zugänglich ⁶⁵⁾ sind, ist ein "wählendes Verhalten im Rahmen der Wertverwirklichung" ⁶⁶⁾ ausgeschlossen.

Ohne diese Problematik weiter zu vertiefen, sei wenigstens darauf hingewiesen, daß die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art.89 Abs.3 S.3 "in ihrer Komplexität" sehr schwer zu konkretisieren sind ⁶⁷⁾, auch wenn sie letzten Endes vom Ergebnis zahlenmäßig fixierbarer Faktoren abhängen.

59) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.87.

60) ders., aaO., S.88.

61) Ebenda.

62) Vgl. dazu Bachof, JZ 55, 97; Ule, Gedächtnisschrift für Jellinek, S.309.

63) Vgl. vorige Fußnote sowie BVerwG, BayVBl.73, 49 ff.; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114, Rdnr.5 ff.

64) Wie z.B. "allgemeines Wohl", vgl. BVerwG, BayVBl.73, 49 ff.

65) Vgl. dazu BVerwG, DÖV 65, 733 und BayVG, DVBl.67, 89.

66) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.87.

67) Hölzl, BayGO, Art.75, Anm.2a und vor allem Sailer, BayVBl. 74, 549 ff.

Für die vorliegende Betrachtung kommt es nicht auf die (pragmatischen) Ausfüllungskriterien, sondern auf den wesentlichen Inhalt des Zulässigkeitsmaßstabes an. Art.89 Abs.3 S.3 stellt auf einen objektiven Gefährdungszustand ab. Nicht auf die Versorgung bestimmter Bevölkerungsteile kommt es an, sondern darauf, ob in einem Gemeindegebiet die Versorgung **o b j e k t i v** gefährdet ist. Subjektive Merkmale, wie sie z.B. in § 25 II WohnBauG ⁶⁸⁾ enthalten sind, spielen keine Rolle, da nur auf die "Versorgung der Bevölkerung" abgestellt wird. Die Rechtsfolge ("können Wohnungen vermitteln") beinhaltet andererseits, daß die Vermittlungstätigkeit bei Vorliegen des objektiven Gefährdungszustandes umfassend sein kann.

2. Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO als spezialgesetzliche Regelung

Die Änderung des Art.89 BayGO war von der Überlegung getragen, daß das Kommunalrecht (vor allem Art.89 Abs.1 BayGO) die Wohnungsvermittlung im angestrebten Umfang nicht erlaube ⁶⁹⁾, daß die Gemeinden gehindert seien, mit privaten Maklern zu konkurrieren.

In den der Gesetzesänderung vorausgehenden Beratungen ging man davon aus, daß die Wohnungsvermittlung auf dem "freien" Markt eine wirtschaftliche Betätigung darstelle, welche die Zulässigkeitssschranken des Art.89 Abs.1 BayGO überschreite. Folgerichtig wurde die Vorschrift um den Zusatz (Absatz 3 Satz 3) ergänzt, der den Gemeinden erlauben soll, unter Abweichung von den in Art. 89 Abs. 1 und 2 genannten Voraussetzungen "Wohnungen (zu) vermitteln".

68) Vgl. dazu § 4 I 3.

69) BayLT, Drs.7/1757, S.1 f. (Antwort des Bayerischen Innenministeriums auf eine schriftliche Anfrage des Abg. Langenberger; vgl. auch BayLT, Drs.7/1959 (Vorblatt zum Änderungsentwurf des (damaligen) Art.75 BayGO, sowie Sitzungsprotokoll des Rechtsausschusses BayLT, 44.Sitzung vom 7.1.72, S.13 ff.

Zunächst sei wiederholt, daß die Gemeinden im Rahmen der Leistungsverwaltung Einrichtungen schaffen und dabei auch in wirtschaftliche Bereiche vordringen können ⁷⁰⁾; das Betätigungsfeld wird durch Art.89 Abs.1 und 2 BayGO (nach oben hin) generell beschränkt. Eine grobe Analyse möglicher Vermittlungsfälle ⁷¹⁾ ergibt folgendes Bild:

(1) Die Vermittlung zur Beseitigung von Wohnungsnotfällen stellt sich als gemeinnützige Tätigkeit dar, die je nach Einzelfall auch sozialfürsorgerischer Natur sein kann. Sie unterliegt nicht den Schranken wirtschaftlicher Betätigung ⁷²⁾.

(2) Gleiche Grundsätze gelten dann, wenn die Vermittlung an Personen erfolgt, die zum Bezug einer öffentlich geförderten Wohnung ⁷³⁾ berechtigt sind ⁷⁴⁾.

Ob und in welchem Umfang die Wohnungsvermittlung "Daseinsvorsorge" sein kann, und inwieweit sie aus diesem Grund ebenfalls nicht den Schranken wirtschaftlicher Betätigung unterliegt, bedarf dabei noch einer ausführlichen Stellungnahme ⁷⁵⁾; diese Frage soll daher noch offen bleiben.

(3) Alle übrigen Vermittlungsfälle (ohne Beschränkung auf bestimmte Objekte oder Personengruppen) unterliegen den kommunalrechtlichen Schranken wirtschaftlicher Betätigung.

70) Vgl. oben § 3 IV.

71) Angeknüpft wird an die unter § 2 V aufgestellten Fallgruppen.

72) Dazu oben § 3 III.

73) Vgl. oben § 4 I 3.

74) Es wäre auch daran zu denken, die Personen in den Kreis unter Ziff.2 miteinzubeziehen, die berechtigt wären, Zuschüsse nach dem WohngeldG zu beziehen. Da allerdings die Berechnungsgrundlagen auf den bereits gemieteten Wohnraum abstellen (vgl. § 13 WohngeldG), dürfte eine genaue Abgrenzung unmöglich sein.

75) Unten § 5.

Vor der Änderung des Art.89 BayGO war die Zulässigkeit kommunaler Wohnungsvermittlung somit im Bereich der Fallgruppe (3) an Art.89 Abs.1 und 2 BayGO zu messen; die Zulässigkeit unbeschränkter Vermittlung wäre vor allem in Anbetracht des Subsidiaritätsvorbehalts (Art.89 Abs.1 Ziff.3 BayGO) fraglich gewesen.

Entgegen der ursprünglichen Absicht, die Versorgungsunternehmen und die Wohnungsvermittlung generell von den Beschränkungen des Art.89 zu befreien ⁷⁶⁾, unterwarf der Gesetzgeber die Wohnungsvermittlung anderen Zulässigkeitsschranken, als sie bereits in Art.89 Abs.1 und 2 normiert sind.

Hinsichtlich des Zulässigkeitstatbestandes enthält Art.89 Abs.3 Satz 3 eine Verengung der generellen Schranken in Art.89 Abs.1 und 2. Art.89 Abs.3 Satz 3 ist insoweit spezialgesetzliche Regelung, die eine Anwendbarkeit der weiter gefaßten Norm ausschließt, diese somit "verdrängt" ⁷⁷⁾.

Art.89 Abs.1 Ziff.2 bestimmt ausdrücklich, daß "das Unternehmen nach Art und U m f a n g in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht".

76) Der ursprüngliche Entwurf des Änderungsgesetzes lautete: "Unberührt bleibt die Errichtung, Übernahme oder Erweiterung von gemeindlichen Unternehmungen, die vornehmlich wirtschafts- und sozialpolitische Aufgaben erfüllen wie Versorgungs- und Verkehrsunternehmen und die kommunale Wohnungsvermittlung."

BayLT Drs.7/1959 (20.1.72). Damit wäre die Wohnungsvermittlung den vom BayVerfGH nicht als wirtschaftliche Unternehmen bezeichneten Versorgungsunternehmen gleichgestellt worden; evtl. hätte diese Regelung eindeutigeren Gehalt gehabt; vgl. dazu Stenographische Berichte BayLT 7/34, S.1760.

77) Larenz, Methodenlehre, S.207 f.

Das gleiche muß für Art.89 Abs.1 Ziff.3 gelten (Subsidiaritätsvorbehalt). Auch der Tätigkeitsumfang im Sinne einer tatbestandlich zu differenzierenden generell benennbaren Tätigkeit kann eine Einengung insoweit erfahren, als tatbestandliche Unterfälle der Tätigkeit "ebenso gut und wirtschaftlich durch einen anderen" erfüllt werden können.

Die unter den Voraussetzungen des Art.89 Abs.3 Satz 3 zulässige Vermittlung ist nach ihrem Umfang dem Wortlaut folgend nicht eingeschränkt. Wird die objektive Gefährdungslage ⁷⁸⁾ bejaht, so ist damit der Zugang zur Vermittlung "auf dem freien Wohnungsmarkt" ⁷⁹⁾ eröffnet. Auch insoweit ist Art.89 Abs.3 Satz 3 eine spezialgesetzliche Regelung gegenüber Abs.1.

Auch gegenüber Art.89 Abs.2 liegt Spezialität vor. Bei dieser Vorschrift handelt es sich allerdings nicht um eine primäre Zulässigkeitsbegrenzung; die Relevanz zeigt sich erst im Falle konkret bewirkter Beeinträchtigung ⁸⁰⁾. Doch auch Art.89 Abs.2 bezieht sich generell auf Wirtschaftsunternehmen, wohingegen Art.89 Abs.3 speziell auf Wohnungsvermittlungsstellen zugeschnitten ist.

Die systematische Stellung von Art.89 Abs.3 Satz 3 im Gemeindewirtschaftsrecht findet ihre Erklärung darin, daß die Wohnungsvermittlung auf dem freien Markt als zusätzliche gemeindliche Agenda anzusehen ist, welche über die sozialfürsorgerische Vermittlung (Fallgruppen 1 und 2 ⁸¹⁾

78) Vgl. oben, gleicher Paragraph, sub.I.

79) Küchenhoff, Gutachten, S.16.

80) Masson-Samper, BayGO, Art.75, Rdnr.11 ff.; Hölzl, BayGO, Art.75, Anm.2 c.

81) Siehe oben § 2 IV.

hinausgeht; insoweit ist sie als wirtschaftliche Betätigung anzusprechen und unterliegt - ungeachtet einer etwaigen organisatorischen Eingliederung in eine öffentliche Einrichtung ⁸²⁾ - dem Gemeindewirtschaftsrecht.

3. Ermessen und Wahlfreiheit

a) Ermessen und Genehmigungsvorbehalt

Sofern eine objektive Gefährdungslage im Sinne des Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO bejaht wird, kann die Gemeinde nach ihrem Ermessen entscheiden, ob, wie und in welchem Umfang Wohnungen vermittelt werden sollen. Dabei werden in erster Linie Zweckmäßigkeitserwägungen ⁸³⁾ von Bedeutung sein. Vor allem wird die Frage eine Rolle spielen, ob die Tätigkeit im konkreten Fall geeignet ist, der (bejahten) Gefährdung entgegenzuwirken. Weiterhin müßte das Ermessen daran orientiert sein, ob der mit der Vermittlung verbundene Aufwand - wiederum im konkreten Einzelfall - durch den Zweck und die potentiell erreichbare Zweckverwirklichung gerechtfertigt ist. Darunter fällt auch die Festsetzung eines Entgelts.

Eine negative Entscheidung können die Gemeinden selbst fällen. Die Entscheidung für die Vermittlung bedarf der Genehmigung durch die Regierung ⁸⁴⁾. Der Genehmigungsvorbehalt ist im Hinblick auf das Selbstverwaltungsrecht von Bedeutung ⁸⁵⁾. Gesetzliche Beschränkungen und vor allem ein Genehmigungsvorbehalt könnten dem Selbstverwaltungsrecht zuwiderlaufen ⁸⁶⁾.

82) Siehe oben § 3 V.

83) Forsthoff, VR 3 (10.Aufl.), S.95, spricht von "Sachdienlichkeit"; vgl. im übrigen Hüttl, DVBl.65; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114, Rdnr.5 ff.

84) Die Entscheidung ergeht durch Beschluß des Gemeinderats; vgl. für München: Beschluß der Vollversammlung des Stadtrats vom 8.11.1972 (Antrag Nr.245 der Stadtratsfraktion).

85) Dazu unten, § 6; vgl. auch Scholz, Einrichtungen, S.181 ff.; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.91.

86) Vgl. vorige Fußnote.

b) Organisationsform und Leistungsbeziehung

In der Entscheidung über die Organisationsform sind die Gemeinden frei ⁸⁷⁾. Es ist zu berücksichtigen, daß die Einrichtung eines "Betriebs" in dem referierten Sinne ⁸⁸⁾ erforderlich ist; eine Vermittlungstätigkeit ohne den Einsatz speziell zweckbestimmter sächlicher, personeller und finanzieller Mittel ist nicht denkbar.

Die Gemeinden müssen jedoch selbst "Träger" ⁸⁹⁾ der Tätigkeit bleiben. Das gebietet der Wortlaut von Art.89 Abs.3 Satz 3 ("können die Gemeinden vermitteln") und die gesetzgeberische Intention ⁹⁰⁾. Im übrigen kann auf die oben erbrachten Darlegungen verwiesen werden ⁹¹⁾.

Ferner steht es den Gemeinden frei, die Leistungsbeziehung zu den Benutzern öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich auszugestalten ⁹²⁾.

c) Entgelt und "Nulltarif"

Wurde oben im Hinblick auf die kommunalrechtlichen Grenzen wirtschaftlicher Betätigung der Entgeltlichkeit keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen ⁹³⁾, so bedarf dieser Punkt hier dennoch der Erörterung. Der Verzicht auf Entgelt kann für die Betätigungsschranken zwar keine Rolle spielen, er kann jedoch Indiz für eine öffentlich-rechtlich ausgestaltete Leistungsbeziehung sein ⁹⁴⁾.

87) Vgl. Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.102.

88) § 3 I.

89) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.60.

90) Stenographische Berichte, BayLT 7/34, S.1759.

91) § 3.

92) Da Wohnungsvermittlung auch als Maßnahme sozialer Fürsorge erfolgen kann, bedarf diese Feststellung allerdings der Ergänzung; vgl. dazu die Ausführungen in § 10.

93) § 3 III.

94) So Rocke, DVBl.73, 399 (ausdrücklich für Wohnungsvermittlung; vgl. allg. Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.413.

Dabei darf folgendes nicht übersehen werden:

Die Rechtsnatur des Entgelts richtet sich grundsätzlich nach der Natur der Leistungsbeziehung ⁹⁵⁾.

Falls die Leistungsbeziehung durch Rechtsnorm (Satzung) geregelt wird, handelt es sich bei erhobenen Geldleistungen um öffentlich-rechtliche Gebühren, da das Leistungsverhältnis insgesamt öffentlich-rechtlich ausgestaltet ist ⁹⁶⁾. Tritt die Gemeinde umgekehrt in privatrechtliche Beziehung zu den Leistungsempfängern, so ist das Entgelt privatrechtlich ⁹⁷⁾.

Bei öffentlichen Einrichtungen, die wirtschaftliche Betätigung erfordern, kann die Gemeinde beide Wege beschreiten.

Auch wirtschaftliche Unternehmen mit öffentlich-rechtlicher Leistungsbeziehung und folglich öffentlich-rechtlicher Gebührenregelung sind möglich ⁹⁸⁾, bei zulässiger Monopolisierung sogar unumgänglich ⁹⁹⁾. Unabhängig von der Rechtsnatur der Leistungsbeziehung sind die Gemeinden an das Ertragspostulat ¹⁰⁰⁾ (Art.94 BayGO) gebunden.

Auf der anderen Seite verstößt ein Verzicht auf Entgelt nicht gegen den Ertragsgrundsatz, wenn z.B. das Ausmaß der Tätigkeit sehr gering ist, bzw. keine ins Gewicht fallenden (Mehr-)Kosten entstehen, so daß die Erhebung eines Entgelts nicht im Verhältnis zu dem damit

95) v. Rosen-v.Hoewel, HKWP III, S.454; Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.413, 498; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.87 f.

96) v. Rosen-v.Hoewel, HKWP III, S.460; Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.97; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.87; modifizierend Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.413.

97) Wie vorige Fußnote; Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.499, weist ausdrücklich darauf hin, daß aus der Gegenleistung nicht auf die Natur der Leistungsbeziehung geschlossen werden kann; das ist im Hinblick auf die formale Indifferenz nur konsequent.

98) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.413, 499 f.; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.87 f.

99) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.83; Scholz, Einrichtungen, S.23; Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.102.

100) v. Rosen-v.Hoewel, HKWP III, S.464; Masson-Samper, BayGO, Art.79, Rdnr.3; Hölzl, BayGO, Art.77, Anm.2.

verbundenen Organisationsaufwand stehen würde. Ebenso ist das Ertragspostulat dann nicht zwingend, wenn die verfolgten Zwecke der Erhebung eines kostendeckenden oder Überschuß erzielenden Entgelts gerade zuwiderlaufen ¹⁰¹⁾. Falls die Gemeinden sich darüber hinaus nicht an das Ertragspostulat halten ¹⁰²⁾, so mag darin evtl. ein Verstoß gegen Art.94 BayGO liegen ¹⁰³⁾; das bedeutet aber noch nicht, daß aus dem Entgeltverzicht auf hoheitliches Handeln geschlossen werden darf ¹⁰⁴⁾.

Ob die Leistungsbeziehung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich gestaltet wird, hängt daher von der Ausgestaltung durch die Gemeinde ab. Regelt sie die Benutzung durch Satzung, ist die Beziehung öffentlich-rechtlich, erläßt sie "allgemeine Geschäftsbedingungen" ¹⁰⁵⁾, so ist die Beziehung privatrechtlich ¹⁰⁶⁾, und zwar gegebenenfalls auch dann, wenn sie keine Gebühren erhebt.

Auch prozeßrechtliche Gesichtspunkte widersprechen diesem Ergebnis nicht.

101) Hölzl, BayGO, Art.79, Anm.2; Masson-Samper, BayGO, Art.79, Rdnr.3.

102) Das ist z.B. bei der Münchner Wohnungsvermittlung sehr zweifelhaft; die Kosten im ersten Betriebsjahr (März 1973 bis März 1974) betrugen DM 560.000; diesen Angaben stehen DM 79.000 an Gesamteinnahmen gegenüber; vgl. Süddeutsche Zeitung vom 4.3.74, S.14.

103) Folge wäre gegebenenfalls eine Aufsichtsmaßnahme im Wege der Rechtsaufsicht.

104) So aber Rocke, DVBl.73, 399.

105) So z.B. in München: Die Wohnungssuchenden unterzeichnen eine "Verpflichtungserklärung", in denen allgemein die Vermittlungsbedingungen enthalten sind; gleichzeitig verpflichtet sich der Unterzeichner zur Zahlung einer Vermittlungsgebühr im Falle erfolgreicher Vermittlung.

106) Vgl. dazu Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.97; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.88.

Bei Unentgeltlichkeit kann eine Streitigkeit über Gebühren nicht entstehen. Insoweit ist (bei Gebührenverzicht) die rechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehung ergebnisneutral).

Für Streitigkeiten, die sich auf erhobene oder zu erhebende Gebühren beziehen, steht je nach Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses, der Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs.1 VwGO) oder der ordentliche Rechtsweg offen (Art.19 Abs.4 S. 2 GG; § 13 GVG). Unabhängig vom Gebührenverzicht ist hinsichtlich des Benutzungsanspruches der Verwaltungsrechtsweg gegeben, da es sich insoweit um einen öffentlich-rechtlichen Anspruch handelt ¹⁰⁷⁾, der von der Natur der Leistungsbeziehung dann nicht abhängt, wenn die Gemeinde Träger der Wohnungsvermittlung ist.

107) Vgl. oben § 3 II 3.

§ 5 Wohnungsvermittlung unter dem Aspekt der Daseinsvorsorge

I. Bedeutung des Begriffes Daseinsvorsorge

Einer der zentralen Gesichtspunkte kommunaler Leistungsverwaltung ist der Begriff der Daseinsvorsorge.

Es wurde schon mehrfach auf die Folgerungen hingewiesen ¹⁾ die sich daraus ergeben können, daß eine kommunale Leistung im Rahmen der Daseinsvorsorge erbracht wird. Hervorgehoben sei noch einmal, daß vor allem nach Auffassung der (bayer.) Rechtsprechung ²⁾ Daseinsvorsorgeunternehmen der öffentlichen Verwaltung und darüber hinaus dem Wesensgehalt der Selbstverwaltung zugeordnet werden. Die Überlegungen der mit der Änderung des Art.89 BayGO befaßten Abgeordneten zeugen davon, daß diese Grundkonzeption gemeindlicher Leistungsverwaltung zumindest in den Kreisen der Staatsregierung ³⁾ und des Parlaments ⁴⁾ akzeptiert wird.

Es wurde zunächst im ersten Entwurf des Änderungsgesetzes ⁵⁾ Ausklammerung des gesamten Bereichs der bisher als Daseinsvorsorgeunternehmen verstandenen Versorgungswirtschaft vorgeschlagen ⁶⁾.

1) Vgl. oben §§ 3 III, 4 II 2.

2) Vor allem BayVerfGH, DÖV 58, 216.

3) BayLT, Drs.7/1251 (Innenministerium); vgl. auch BayLT, Drs.7/1757.

4) Stenographische Berichte BayLT 7/34, S.1759 f.

5) BayLT, Drs.7/1959.

6) Nach dem Entwurf sollte ein neuer Abs.3 in Art.89 (damals 75) eingefügt werden:

"(3) Unberührt bleibt die Errichtung, Übernahme oder Erweiterung von gemeindlichen Unternehmen, die vornehmlich wirtschafts- und sozialpolitische Aufgaben erfüllen wie Versorgungs- und Verkehrsunternehmen und kommunale Wohnungsvermittlung."

In den folgenden Verhandlungen ⁷⁾ wurde diese Fassung nicht aufrechterhalten. Allerdings kreiste die Diskussion hauptsächlich um die Frage, ob gerade die Wohnungsvermittlung Daseinsvorsorge sei. Letztlich setzte sich die Ansicht durch, daß eine Vermittlung auf dem freien Wohnungsmarkt nicht mehr als Daseinsvorsorge bezeichnet werden könne. Es sei daher eine "Feinabgrenzung" ⁸⁾ vorzunehmen, die schließlich in der Fassung des Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO ihren Niederschlag gefunden hat. Nicht berücksichtigt wurde dabei, daß der Begriff Daseinsvorsorge nicht nur die philologischen Dimensionen ⁹⁾ eines "Allerweltsbegriffes" ¹⁰⁾ aufweist, sondern vor allem in der Rechtswissenschaft äußerst umstritten ist ¹¹⁾. Man wird aber nicht darüber hinwegsehen können, daß sich der Begriff ganz allgemein eingebürgert hat ¹²⁾. Er ist aus maßgeblichen Beiträgen zur Lehre von der Leistungsverwaltung kaum noch wegzudenken.

7) Vgl. Sitzungsprotokoll (Rechtsausschuß) BayLT, 44. Sitzung vom 7.3.72, S.13 ff.

8) Ebenda, S.17.

9) Ossenbühl, DÖV 71, 515.

10) Forsthoff, Rechtsfragen, Vorwort.

11) Er fand "lobende Anerkennung" und "schroffe Ablehnung", vgl. Ossenbühl, DÖV 71, 514, mit Hinweis auf H.H.Klein, Teilnahme, S.16 ff. und Badura, DÖV 66, 624 ff., sowie andererseits Fischerhof, DÖV 57, 311 und DÖV 60, 41.

12) Es wird auf die nachfolgenden Zitate Bezug genommen, vgl. aber besonders Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.58 ff., 68 ff.; nachdrücklich auch Badura, DÖV 66, 624 ff.

II. Daseinsvorsorge als öffentliche Aufgabe

1. Begriff der Daseinsvorsorge

Industrialisierung und Bevölkerungsexplosion, Technisierung und Steigerung des Bedarfs an Zivilisationsgütern haben dazu beigetragen, daß der einzelne faktisch - seinem Lebensraum entrückt - nicht mehr in der Lage ist, seine Bedürfnisse nach freier Wahl und Entscheidung zu befriedigen ¹³⁾.

Forsthoff folgerte aus dieser - auch schon vor ihm beobachteten ¹⁴⁾ - Entwicklung, daß das Risiko mangelnder Versorgung vom einzelnen auf die Gemeinschaft übergegangen sei ¹⁵⁾. Daraus leitete Forsthoff ab, daß es zu den typischen Aufgaben des (modernen) sozialen Rechtsstaats gehöre, Leistungen an die Bürger zu gewähren, auf die sie angewiesen sind. Die Art dieser Leistungserbringung bezeichnete er mit dem Begriff Daseinsvorsorge ¹⁶⁾ der als Beitrag zur Verwaltungsrechtsdogmatik gedacht war ¹⁷⁾.

In Relation zu dem festgestellten Appropriationsbedürfnis ¹⁸⁾ bezeichnete Forsthoff mit Daseinsvorsorge zunächst die "Darbringung von Leistungen, auf welche der in die modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist" ¹⁹⁾.

In späteren Äußerungen setzte Forsthoff die Akzente selbst anders: "Alles, was von seiten der Verwaltung geschieht,

13) Forsthoff, Rechtsfragen, S.26; H.J.Wolff, VR III, S.153; Paqenkopf, Kommunalrecht, S.331.

14) Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.64, verweist auf Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, S.660 und Karl Jaspers, Die geistige Situation der Zeit, S.31,40,48.

15) Forsthoff, Rechtsfragen, S.37; ders., Stadt und Bürger, S.23 f.; ders. in Rechtsstaat, S.113.

16) Rechtsfragen, S.26.

17) Rechtsfragen, S.9; a.A. offenbar Ossenbühl, DÖV 71, 515.

18) Rechtsfragen, S.26.

19) Rechtsfragen, S.27.

um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuß nützlicher Leistungen zu versetzen, ist Daseinsvorsorge" 20).

Damit wurde ausdrücklich nicht mehr auf die Lebensnotwendigkeit der Daseinsvorsorgeleistungen abgestellt 21).

Die öffentliche Daseinsvorsorge im Sinne der letztgenannten Begriffsbestimmung stellt gleichzeitig Verwaltung im materiellen Sinn dar 22).

Die von Forsthoff konzipierte Daseinsvorsorge ist nicht mit sozialer Fürsorge gleichzusetzen. Forsthoff folgert die Notwendigkeit (auch Berechtigung) der Daseinsvorsorge aus einer a l l g e m e i n e n sozialen Bedürftigkeit (Appropriationsbedürfnis), trennt sie aber ausdrücklich von der Fürsorge in individuell bedingten Notfällen 23). Das findet seinen Grund darin, daß die Notwendigkeit einer (hoheitlichen) Daseinsvorsorge eine Folgeerscheinung sozialer Umschichtungen ist, wohingegen die individuelle Bedürftigkeit unabhängig von Umschichtungen stets vorhanden sein konnte und ohne Wesensänderung auch heute vor- kommt 24).

Es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, die zuletzt genannte These Forsthoffs kritisch zu würdigen. Nicht versäumt werden soll aber der Hinweis, daß eine klare Trennung von allgemeiner Bedürftigkeit und individueller Not nur sehr schwer gelingen dürfte. Meist gehen beide Hand in Hand oder stehen doch wenigstens in einer kaum zu lösenden Relation zueinander.

20) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.370.

21) Vgl. Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.67; Badura, DÖV 66, 624 ff.

22) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.370.

23) Forsthoff, Rechtsfragen, S.26.

24) Vgl. dazu auch Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.65.

Forsthoff eröffnete mit seiner Lehre von der "Verwaltung als Leistungsträger" ²⁵⁾ neue Perspektiven und setzte neue Bezugspunkte für Verwaltungslehre und Rechtswissenschaft. Das ist unbestritten ²⁶⁾.

Das leicht eingängige - fast elegante - Wort Daseinsvorsorge birgt jedoch auch die Gefahr in sich, daß komplexe Vorgänge und Phänomene zu pauschal beurteilt, vergrößert dargestellt oder mit ideologischen Wertvorstellungen ²⁷⁾ verknüpft werden, wodurch letztlich das Gebot der Rechtsstaatlichkeit außer acht gelassen wird.

Vor allem die Rechtsprechung ²⁸⁾ neigt zu einem undifferenzierten Gebrauch des Begriffs Daseinsvorsorge; mögen auch Entscheidungen vom Ergebnis her gerechtfertigt sein, so birgt die Verwendung unscharfer Begriffe in Entscheidungsgründen dennoch die Gefahr unbeabsichtigter Präjudizien.

2. Daseinsvorsorge und Rechtsfolgen

Der Begriff Daseinsvorsorge könnte dann als Rechtsbegriff fungieren, wenn aus ihm unmittelbare Rechtsfolgen gezogen werden könnten ²⁹⁾. Dazu ist der Begriff im Forsthoffschen Sinne allerdings nicht geeignet, weil die zugrunde gelegten Abgrenzungskriterien keine Trenn-

25) Gleichnamige Schrift von 1938; auszugsweise abgedruckt in Forsthoff, Rechtsfragen, S.22 ff.

26) Vgl. statt vieler Ossenbühl, DÖV 71, 515 f. und Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.63.

27) Fischerhof, DÖV 57, 312 und DÖV 60, 42; Börner, BayVBl. 71, 407.

28) BayVerfGH, DÖV 58,216; BGH, NJW 69, 2195; zurückhaltend aber BVerwG, BayVBl.73, 49 ff. (das Gericht ließ es dahingestellt, wie weit der Begriff Daseinsvorsorge reiche, und argumentierte mit dem "öffentlichen Zweck").

29) Ossenbühl, DÖV 71, 517.

schärfe aufweisen. Von "fungiblen" Rechtsbegriffen muß aber gefordert werden, daß sie trennscharf sind ³⁰⁾.

Einmal ist festzustellen, daß der Begriff unter Umständen eine Abgrenzung zur Daseinssicherung durch die nicht-staatliche Wirtschaft unmöglich ³¹⁾ macht. Diesem Argument kann aber entgegengehalten werden, daß Daseinsvorsorge nur dort vorliegt, wo Staat oder Gemeinden Leistungen erbringen ³²⁾. Insoweit ist der Begriff trennscharf ³³⁾.

Mit Recht wird aber eingewandt, daß nicht a l l e Leistungen der öffentlichen Hand ³⁴⁾ in das öffentliche Recht einzubeziehen sind ³⁵⁾.

Werden von der Rechtsprechung ³⁶⁾ die Versorgungsunternehmen (Gas-, Wasser-, Elektrizitäts-, sowie Verkehrsunternehmen) der Gemeinde dem Bereich der Daseinsvorsorge zugeschlagen, so fragt man sich mit Recht, warum das gleiche nicht auch für staatliche oder kommunale Brauereien oder Porzellanmanufakturen ³⁷⁾ gelten soll.

Auch in diesen letztgenannten Fällen erbringen Hoheitsträger "nützliche" ³⁸⁾, wenn auch nicht lebensnotwendige Leistungen.

Retiriert man auf das Kriterium der Lebenswichtigkeit im Sinne des ursprünglichen Verständnisses ³⁹⁾ der Daseinsvor-

30) Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.69.

31) Fischerhof, DOV 57, 305 ff.; ders., DÖV 60, 41 ff.; vgl. auch oben S.83, Fußnote 11; neuerdings wieder Börner, BayVB1.71, 407.

32) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.370.

33) Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.69; Badura, DÖV 66, 630 f.

34) Auf die Sonderstellung der G e m e i n d e wirtschaft wurde oben bereits hingewiesen, vgl. S.

35) Ossenbühl, DOV 71, 516; H.H.Klein, Teilnahme, S.17 ff.

36) BayVerfGH, DOV 58, 216 ff.

37) Beispiele bei Ossenbühl, DÖV 71, 516.

38) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.370.

39) Forsthoff, Rechtsfragen, S.27.

sorge, so bleibt schließlich zu fragen, welche Leistungen für die massentümlichen Bedürfnisse von ausschlaggebender Bedeutung sind. Auch insoweit muß eine klare Antwort letztlich dahinstehen. Bedürfnisprioritäten können kaum ermittelt werden; die jeweiligen Bedürfnisse hängen von Zeitumständen (z.B. Nachkriegszeit) ⁴⁰⁾ oder vom Grad des dem Durchschnittsbürger zugestandenen Inbegriffs zivilisatorischer Ansprüche ab. Die Daseinsvorsorge kann "nur vom jeweiligen status quo her interpretiert werden" ⁴¹⁾.

Es kann nicht bestritten werden, daß die politische und verfassungsrechtliche Idee des sozialen Rechtsstaates eine Entscheidung darüber impliziere, was Aufgabe der Verwaltung sein soll ⁴²⁾.

Der Begriff Daseinsvorsorge leistet dabei Hilfestellung. Er ist als soziologischer ⁴³⁾, aber auch als heuristischer ⁴⁴⁾ Begriff zu verstehen. Die Verwaltungsrechtslehre wurde und wird durch ihn auf soziologische Umschichtungen, auf ein vorhandenes und sich wandelndes Appropriationsbedürfnis hingewiesen, und ist gehalten, die (notwendigen) Erscheinungsformen moderner Leistungsverwaltung in den Rahmen der Rechtsordnung einzupassen ⁴⁵⁾.

40) Ossenbühl, DÖV 71, 516.

41) Forsthoff, Rechtsfragen, S.12.

42) Badura, DÖV 66, 628; dazu auch unten § 8.

44) Stern, BayVBl.62, 129 ff.; Emmerich, Unternehmen, S.96 ff.; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.56 ff.; Ossenbühl, DÖV 71, 516; Börner, BayVBl.71, 408.

45) Ossenbühl, DÖV 71, 516.

46) Badura, DÖV 66, 624 ff., 631.

Daseinsvorsorge umschreibt Verwaltungszwecke ⁴⁷⁾, ist aber noch nicht ohne weiteres als Rechtsbegriff ⁴⁸⁾ zu verstehen, aus dem sich Rechtsfolgen ergeben können. Die Zuordnung einer Leistung zur Verwaltung und das Befinden über die Zulässigkeit einer Leistungseinrichtung bedarf weiterer Kriterien, die sich insbesondere aus dem Verständnis des sozialen Rechtsstaats ergeben müssen.

3. Daseinsvorsorge und öffentlicher Zweck

Wollte man Daseinsvorsorge im obigen Sinn als "ermächtigenden" ⁴⁹⁾ Rechtsbegriff auffassen, der den Gemeinden in ihrer umfassenden Handlungskompetenz ⁵⁰⁾ die Erfüllung von Aufgaben erlaubt, so könnten sie sämtliche Aufgaben als Verwaltungsaufgaben an sich ziehen ⁵¹⁾. Eine Legitimationsgrenze wäre nicht vorhanden. Ferner wäre eine Begrenzung durch Art.89 Abs.1 und 2 BayGO in Frage gestellt, nachdem verschiedentlich die "Daseinsvorsorge" nicht unter diese Bestimmung subsumiert wird ⁵²⁾, und zwar selbst dann nicht, wenn sie sich im Rahmen wirtschaftsrelevanter Funktionen beweist. Auf der anderen Seite erfordern die durch die Grundrechte geschützten subjektivrechtlichen Positionen wie auch das Rechtsstaatsgebot eine Funktionsabgrenzung zwischen Verwaltung und privater Sphäre. Darauf wird im einzelnen noch eingegangen werden ⁵³⁾.

47) Badura, ebd.

48) Scholz, Einrichtungen, S.123; Emmerich, Versorgungsunternehmen, S.60; Püttner, Unternehmen, S.55; Brohm, Strukturen, S.163; Fischerhof, DÖV 60, 41 ff.; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.53; Ossenbühl, DÖV 71, 517; Börner, BayVBl.71, 406 ff.; Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.73 ff.

49) Peters, AfK 1967, S.19.

50) Püttner, Unternehmen, S.203.

51) Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.78; vgl. H.H.Klein, Teilnahme, S.19, der diese Konsequenz aufgrund seines Verständnisses vom Begriff Daseinsvorsorge ablehnt.

52) Insbes. BayVerfGH DÖV 58, 216 ff., dazu schon oben § 3.

53) Unten, § 8, insbes. § 8 III.

Versteht man die "öffentliche Aufgabe" als Legitimationsgrund staatlichen Handelns ⁵⁴⁾, so muß der Begriff der Daseinsvorsorge dazu in Beziehung gesetzt werden. Daseinsvorsorge kann also zunächst nur vorliegen, wenn sie als Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erscheint, wenn sie öffentlichen Zwecken dient. Gerade im Hinblick auf die kommunalrechtlichen Grenzen wirtschaftlicher Betätigung ist damit noch nicht viel gewonnen; wenn man das "Daseinsvorsorgemandat" ⁵⁵⁾ als spezielle Ausprägung des Sozialstaatsgebots begreift ⁵⁶⁾, steht es unter dem Aspekt spezieller öffentlicher Zwecke.

Nach Art.89 Abs.1 Nr.1 BayGO genügt die bloße Rechtfertigung durch öffentliche Zwecke noch nicht. Vielmehr muß ein öffentlicher Zweck das wirtschaftliche Unternehmen sogar **e r f o r d e r n**.

Will man kommunale Daseinsvorsorgeunternehmen in diesem Sinne begreifen, so ergibt sich, daß Verfolgung öffentlicher Zwecke und Daseinsvorsorge das gleiche bedeuten müßte ⁵⁷⁾. Nach dieser Anschauung wird Daseinsvorsorge stets dann angenommen, wenn die Verwaltung sich nicht vom öffentlichen Zweck lösen kann; letzteres wiederum ergibt sich seit Inkrafttreten der DGO (insbes. § 67 Abs.1 Nr.1) und deren Nachfolgebestimmungen (Art.89 Abs.1 Nr.1) für die Gemeinden zwingend, so daß die Gemeinden sich wirtschaftlich nur im Rahmen der (insoweit eingegrenzten) Daseinsvorsorge betätigen können ⁵⁸⁾. Damit ist freilich noch nicht viel

54) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.118 ff.; Püttner, Unternehmen, S.202; vgl. auch Köttgen, DJT 1960, S.592; im einzelnen dazu noch unten § 8 II.

55) In diesem Sinne Forsthoff, Rechtsfragen, S.27 ff. und passim.

56) Dazu Bull, Staatsaufgaben, S.176 ff.

57) Köttgen, DJT 1960, S.592 ff.; ders., Daseinsvorsorge, S.60 ff.

58) Köttgen, DJT 1960, S.592 ff.; vgl. auch Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.73.

genommen; es wird damit nur gesagt, daß legitime Daseinsvorsorge gleichbedeutend sein kann mit der Erfüllung von Bedürfnissen, die das Gemeinwohl, rsp. der öffentliche Zweck erfordert.

Dieser Ansatz erfuhr kürzlich durch das BVerwG ⁵⁹⁾ eine Klarstellung. In dem Urteil wird ausgeführt, daß öffentliche Zwecke eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden auch dann rechtfertigen können, wenn k e i n e Daseinsvorsorge betrieben wird. Diese Aussage wird allerdings nur dadurch verständlich, daß das BVerwG offenbar der Meinung folgt, Daseinsvorsorge liege nicht vor, wenn gleiche Leistungen in Konkurrenz zur privaten Wirtschaft erbracht werden ⁶⁰⁾. Zwar ließ das BVerwG ausdrücklich offen, wann Daseinsvorsorge anzunehmen sei, jedoch ergibt sich aus den weiteren Erwägungen und Argumenten, daß das Gericht der von Köttgen ⁶¹⁾ bejahten Identität von Daseinsvorsorge und Erfüllung öffentlicher Zwecke nicht uneingeschränkt folgen wollte. Letztlich mag das seinen Grund auch darin finden, daß der Begriff Daseinsvorsorge in letzter Zeit zu umstritten war. Es ist bezeichnend, daß das BVerwG sehr zurückhaltend nur von der "sogenannten Daseinsvorsorge" ⁶²⁾ sprach. Allerdings ergibt sich aus der zitierten Entscheidung, daß die Daseinsvorsorge (wenigstens) als Erfüllung spezieller öffentlicher Zwecke erscheint, mithin nur einen Ausschnitt legitimer wirtschaftlicher Betätigung darstellt.

Diese Ansicht wird verständlich, wenn die von H.H.Klein ⁶³⁾

59) BVerwG, BayVB1.73, 49 ff.

60) H.H.Klein, Teilnahme, S.18.

61) Köttgen, DJT 1960, 592; vgl. dazu auch Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.73 und H.H.Klein, Teilnahme, S.85.

62) BayVB1.73, 49.

63) Teilnahme, S.16 ff.

vorgeschlagene Interpretation des Begriffs Daseinsvorsorge zugrunde gelegt wird. Auf eine Kurzform gebracht lautet sie:

Daseinsvorsorge ist die "Erfüllung der Garantiefunktion der Verwaltung im Wege angemessener Befriedigung der Bedürfnisse der Bürger durch unmittelbare Erbringung von Leistungen" ⁶⁴⁾. Damit decken sich Daseinsvorsorge und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden nicht in jedem Falle; vielmehr umfaßt der Bereich zulässiger kommunalwirtschaftlicher Intervention weitere Bereiche, die zwar einem öffentlichen Zweck dienen, jedoch keine Daseinsvorsorge sind.

Andererseits bestimmt die Garantiefunktion als weiteres Kriterium das Wesen der Daseinsvorsorge ⁶⁵⁾. Eine Garantiepflicht der öffentlichen Hand besteht, wenn "eine angemessene Bedürfnisbefriedigung" durch die Privatwirtschaft nicht erfolgt ⁶⁶⁾.

Dieser Konzeption wird entgegengehalten, daß sie "letztlich auf das Subsidiaritätsprinzip" zurückverweise und damit ebenfalls keine klare Grenzziehung erlaube ⁶⁷⁾.

Indessen knüpft H.H.Klein an den Begriff der Daseinsvorsorge an, wie Forsthoff ihn ursprünglich eingeführt hatte ⁶⁸⁾.

Er hebt besonders hervor, daß Daseinsvorsorge nur dann vorliege, wenn die Leistungsempfänger mangels anderweitiger Befriedigung auf die Leistung durch die öffentliche Hand angewiesen sind ⁶⁹⁾. Bejaht man in diesen Fällen eine

64) H.H.Klein, Teilnahme, S.85.

65) Vgl. Ossenbühl, DÖV 71, 516.

66) H.H. Klein, Teilnahme, S.18.

67) Ossenbühl, DÖV 71, 517.

68) Forsthoff, Rechtsfragen, S.26; vgl. dazu oben S.84.

69) H.H.Klein, Teilnahme, S.18, besonders Fußnote 36.

Garantiefunktion der Verwaltung, so behält der um dieses Merkmal erweiterte Begriff Daseinsvorsorge in der Tat seinen Sinn ⁷⁰⁾. Gleichzeitig ist damit geklärt, daß Daseinsvorsorge einen Teilbereich öffentlicher Zwecksetzung ausfüllt, daß darüber hinaus aber noch weitere öffentliche Zwecke denkbar sind, die eine kommunalwirtschaftliche Betätigung erlauben.

Diese Auffassung entspricht im wesentlichen auch der des BVerwG ⁷¹⁾; sie wird ferner den Überlegungen des BayVerfGH ⁷²⁾ gerecht. Wollte man mit Köttgen ⁷³⁾ folgern, daß sich die Gemeinden nur im Bereich der Daseinsvorsorge wirtschaftlich engagieren könnten, ergäbe sich daraus eventuell als weitere Konsequenz, daß die Grenzen der Art. 89 ff. BayGO im Hinblick auf das Selbstverwaltungsrecht keine Beachtung zu finden bräuchten. Allerdings ist Köttgen dieser Folgerung selbst entgegengetreten ⁷⁴⁾.

Für die Zuordnung zulässiger wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden im Rahmen eines "institutionalisierten Selbstvollzugs" ⁷⁵⁾ zum Bereich der Verwaltung ergeben sich aus der dargestellten Differenzierung leistungsgewährender Tätigkeiten keine anderen Folgen.

Insbesondere sind nicht nur die kommunalen Unternehmen der Verwaltung einzugliedern, welche Daseinsvorsorge im Sinne H.H.Kleins betreiben ⁷⁶⁾. Handelt es sich bei der Daseinsvorsorge um "Verwaltungsaufgaben im engeren Sinn" ⁷⁷⁾, so muß es sich bei den am öffentlichen Zweck ausgerichteten Unternehmen (wenigstens) um Verwaltungsaufgaben im weiteren Sinne handeln, will man nicht - wie Köttgen - die legitime Kommunalwirtschaft a priori der Daseins-

70) H.H.Klein, Teilnahme, S.19.

71) BayVB1.73, 49 ff.

72) DÖV 58, S.216 ff.

73) DJT 1960, S.592.

74) Daseinsvorsorge, S.63.

75) Herbig, Einrichtungen, S.8

76) H.H.Klein, Teilnahme, S.94, vor allem Fußnote 143.

77) BayVerfGH, DÖV 58, 216 ff. (217).

vorsorge gleichsetzen. Insoweit sei auf die oben angestellten Überlegungen Bezug genommen ⁷⁸⁾.

4. Zwischenergebnis

Folgende Grundsätze sind nach dem Gesagten festzuhalten:

(I) Daseinsvorsorge ist ein deskriptiver Begriff; er beschreibt einen Teil der von öffentlichen Zwecken getragenen Verwaltungsaufgaben, welche die öffentliche Hand aufgrund ihrer Garantiefunktion wahrnimmt.

(II) Darüber hinaus sind weitere öffentliche Aufgaben der Leistungsverwaltung denkbar; ihrer Zuordnung zur Verwaltung liegen öffentliche Zwecke zugrunde.

(III) Die Bindung wirtschaftlicher Intervention an öffentliche Zwecke ist als Ausfluß des Rechtsstaatsgebots auch im Gemeinderecht verankert; die Zweckbindung ist ausschlaggebend für die Zuordnung zur Verwaltung und stellt gleichzeitig den Legitimationsgrund für wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden dar.

78) Oben § 3.

III. Abgrenzung

1. Daseinsvorsorge

Die in den dargestellten⁷⁹⁾ tatbestandlich umrissenen Grenzen durchgeführte Wohnungsvermittlung ist Daseinsvorsorge im vorbezeichneten Sinn. Sie erfolgt im Rahmen einer Garantiefunktion der öffentlichen Hand. Gerade in den Fällen der Wohnungsnot oder der pekuniären Bedürftigkeit ist der einzelne nicht in der Lage, seine Bedürfnisse in angemessener Weise zu befriedigen, sei es durch Selbsthilfe oder durch Beanspruchung privater Makler.

Die Privatwirtschaft kann zwar gemeinnützige Aspekte bei der Ausgestaltung ihrer Leistungen berücksichtigen, wird dies in der Regel jedoch deshalb nicht tun, weil sie in erster Linie am Gewinn orientiert ist.

Gewinnmaximierung und "Sozialfreundlichkeit" stehen sich meist sogar antinomisch gegenüber. Ferner gibt es bisher keine rechtliche Handhabe, die tarifliche Ausgestaltung der privaten Maklerleistungen zu lenken oder zu begrenzen, bzw. die Vertragsgestaltung zu beeinflussen⁸⁰⁾.

79) Vgl. oben § 4 II 2 (1. Fallgruppe).

80) Das Wohnungsvermittlungsgesetz verbietet zwar Vermittlungsentgelte bei Identität von Vermittler und Vermieter, sowie die Erhebung eines Entgelts vom Wohnungssuchenden (nicht vom Vermieter) bei öffentlich geförderten Wohnungen (vgl. § 2 Abs. 3 WVG), enthält aber noch nicht die seit längerer Zeit geforderte Gebührenordnung für Makler. Das WVG begründet keine "Sozialpflichtigkeit". Vgl. Breitholdt, MDR 72, 918 ff., sowie Redemann, Betrieb 1972, S. 125 ff.

Private Makler sind nicht an Sozialstaatsprinzipien gebunden, oder verpflichtet, das allgemeine Wohl zu fördern. Die sozialetische Bindung des Eigentums (Art. 14 Abs.2 GG) als Ausfluß des sich aus Art.20 und 28 GG ergebenden Sozialstaatsprinzips⁸¹⁾ zeitigt dabei keine unmittelbaren rechtlichen Folgen⁸²⁾. Mit moralischen Bindungen ist nicht geholfen.

Mit Recht wird man sogar die noch weitergehende Behauptung aufstellen dürfen, daß die Situation der Wohnungssuchenden, die aus faktischen oder rechtlichen Gründen zu einem Wohnungswechsel quasi gezwungen sind, dazu reizt, wirtschaftliche Ausbeute zu treiben. Vielleicht wird man diesen Wohnungssuchenden auch nachsagen dürfen, daß sie "wegen ihres Gemütszustandes besonders leicht beeinflusbar sind"⁸³ Sie sind nicht nur ihrer Situation ausgeliefert, sondern u.U. auch den wirtschaftlichen Interessen gewinnorientierter privater Vermittler.

Auf der anderen Seite ist es diesen Wohnungssuchenden auch nicht zuzumuten, ohne Einschaltung eines Vermittlers selbständig auf Wohnungssuche zu gehen. Das wird in den meisten Fällen die (bedrängte) Situation selbst nicht erlauben und zum anderen besteht gerade in Ballungsgebieten die Gefahr, daß das Angebot der unmittelbar vom Vermieter angebotenen Wohnungen zu gering ist, um echte Auswahlchancen einzuräumen, soweit dieses Angebot überhaupt transparent genug ist.

81) BVerfGE 20, 351 ff.

82) Solche Folgen könnten sich erst durch eine gesetzliche Regelung ergeben, die Berufspflichten der Makler bis ins einzelne festlegt, z.B. auch eine Gebührenordnung.

83) BVerwG, BayVB1.73, 49 ff. (50), zur Situation der Hinterbliebenen, an die der Vertreter eines Be-
stattungsunternehmens herantritt; der Vergleich mit den Wohnungssuchenden liegt nicht allzu fern; vgl. auch BGH, NJW 71, 1216; dazu ferner Grasser, BayVB1.71, 291 ff. (293).

Die Praxis lehrt allerdings, daß gerade in letzter Zeit eine wachsende Anzahl von Bauträgergesellschaften Mietwohnungen ohne Einschaltung eines Vermittlers auf dem Markt anbietet.

Allein deshalb ist aber die gefährdete Situation bedrängter Wohnungssuchenden nicht aus der Welt geschafft. Fordert man soziale Gerechtigkeit ⁸⁴⁾ und will man das Verfassungspostulat verwirklichen, daß jeder Bewohner Bayerns Anspruch "auf eine angemessene Wohnung" hat (Art.106 Abs.1 BayVerf), so muß den Unterstützungsbedürftigen auch eine gerechte Chance eingeräumt werden, sich angemessenen Wohnraum zu beschaffen, im Rahmen einer sachgerechten Beratung aus einem angemessenen Angebot zu wählen. Andererseits muß gewährleistet sein, daß diese Personenkreise nicht wirtschaftlichen Interessen ausgeliefert sind, denen die Rücksichtnahme auf sozialstaatliche Ziele zuwiderläuft.

In diesen Fällen besteht eine Komplementärfunktion ⁸⁵⁾ dazu berufener Hoheitsträger, die sich erweitern kann bis hin zu einer Garantiepflicht ⁸⁶⁾. Berufen zu dieser Aufgabe sind auch die Gemeinden. Das ergibt sich einmal aus den Gesetzen, die ihnen Aufgaben der Wohnungsfürsorge (im weitesten Sinn) zuweisen ⁸⁷⁾ und zum anderen aus der ihnen eingeräumten umfassenden Handlungskompetenz ⁸⁸⁾. Besonders letztere ist bedeutsam für die Einrichtung von organisatorisch selbständigen Vermittlungsstellen, die unter Freiheit der Formwahl sowohl speziell zugewiesene wie auch generalklauselartig eingeräumte Funktionen erfüllen können ⁸⁹⁾.

84) v.Mangoldt-Klein, GG, Art.20 Anm.VII 2 c-3; Häberle, Leistungsrecht, S.456; vgl. auch Forsthoff, VVDStRL 12, S.19, sowie mit Nachdruck Bachof, VVDStRL 12, S.40.

85) H.H.Klein, Teilnahme, S.16 ff.; vgl. auch Forsthoff, Staat, S.42; ders., Rechtsfragen, S.20.

86) H.H.Klein, Teilnahme, S.18.

87) Vgl. oben, § 4I.

88) Püttner, Unternehmen, S.203; sowie oben § 4 und unten § 6.

89) Gedacht ist hier an eine organisatorische Zusammenfassung mehrerer zugewiesener Aufgabenbereiche, die unter

Dabei handelt es sich nicht um soziale Fürsorge zur Behebung von Notlagen in Einzelfällen ⁹⁰⁾. Die Wohnungsvermittlung als Komplementäraufgabe befriedigt qualifizierte Bedürfnisse einer zwar tatbestandlich umgrenzbaren, aber doch breiten Bevölkerungsschicht. Es handelt sich also um Stillung eines Appropriationsbedürfnisses, welches als Ergebnis massentümlicher Lebensform ⁹¹⁾ nur bei einem Teil der Bevölkerung vorhanden ist.

Die Stillung dieses Bedürfnisses ⁹²⁾ gehört zu der dem Staat und anderen berufenen Hoheitsträgern obliegenden, ihnen "durch das Gebot der Sozialstaatlichkeit vom Grundgesetz auch besonders aufgegebenen Daseinsvorsorge" ⁹³⁾.

Somit ergibt sich, daß eine originäre Garantiefunktion der Kommunen für den Bereich genereller Vermittlung (ohne Beschränkung auf Personen oder Objekte) nicht bejaht werden kann. Die generelle Vermittlung ist nicht Daseinsvorsorge; sie fällt daher grundsätzlich unter die Schranken wirtschaftlicher Betätigung, die der Gesetzgeber in Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO spezialisiert hat ⁹⁴⁾; damit knüpft der Gesetzgeber die Zulässigkeit an den über den Bereich der Daseinsvorsorge hinausgehenden öffentlichen Zweck, die Versorgung mit Wohnraum in Gemeinden sicherzustellen, in denen diese Versorgung "besonders gefährdet ist".

dem Aspekt der Wohnungsvermittlung stehen.

90) Vgl. Forsthoff, Rechtsfragen, S.26.

91) Forsthoff, ebenda.

92) Ebenso wie die gebotene Schaffung von Sozialwohnungen (als Ausfluß des Art.106 Abs.2 BayVerf).

93) BVerfGE 21, 245 ff. (251).

94) Vgl. oben § 6 III 2 c (S.117 ff.).

2. Gewinnverzicht

Es soll weiterhin erwogen werden, ob nicht eine bestimmte Preisgestaltung für Gemeinnützigkeit spricht, ob "Sozialtarife" die Bindung genereller Wohnungsvermittlung an Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO ausschließen. Es ist daran zu denken, soziale Zielsetzungen und Gemeinnützigkeit voneinander zu trennen ⁹⁵⁾ und sodann die weitere Behauptung aufzustellen, daß Gemeinnützigkeit jedenfalls vorliege, wenn ein Unternehmen nicht nach Gewinn strebe. Es würde dann auch nicht fern liegen, Gewinn- oder völligen Gebührenverzicht als Verfolgung öffentlicher Zwecke anzusehen. Man könnte sagen, daß die Gebührenfreundlichkeit deshalb öffentliche Zwecke realisiere, weil der Erhalt einer Leistung damit der Allgemeinheit erleichtert wird.

Wurde schon oben festgestellt ⁹⁶⁾, daß die Gewinnerzielungsabsicht keine Lösung bei der Abgrenzung des Begriffs wirtschaftlicher Unternehmen bietet ⁹⁷⁾, so hat das jetzt umgekehrt die Konsequenz, gewinn- oder verlustorientierte Absichten als Wesensmerkmal zur Bestimmung öffentlicher Zwecke auszuschneiden.

Gemeinnützig ist eine Betätigung vielmehr dann, wenn sie unmittelbar öffentliche Zwecke verfolgt ⁹⁸⁾. Merkmale, welche die Gewinnpolitik eines Unternehmens betreffen, sind nicht in die Definition des Begriffs "Gemeinnützigkeit" aufzunehmen ⁹⁹⁾.

95) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.82 ff. mit kritischem Hinweis auf BGH, Sparkasse 1964, S.157, sowie BGH, BB 1952, S.480; RGZ 116, 227 f.; RGZ 132, 367 (372); 146, 49.

96) § 3 III 2 und 3, insbes. 4.

97) So ausdrücklich Püttner, Unternehmen, S.51.

98) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.87.

99) Ebenda; vgl. auch Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.60; H.J.Wolff, AfK 1963, S.160.

Vielmehr ist umgekehrt das Gewinnstreben der öffentlichen Zwecksetzung unterzuordnen ¹⁰¹⁾.

Faßt man die Gemeinnützigkeit, resp. die Bindung an öffentliche Zwecke als Legitimationsgrund ¹⁰²⁾ und als Merkmal der Zuordnung zur Verwaltung ¹⁰³⁾ auf, so wird die eingangs vorgestellte These vollends unhaltbar.

Die Funktion einer aus dem Rechtsstaatsgebot resultierenden Legitimationsgrenze ¹⁰⁴⁾ verlöre ihre Bedeutung, wenn die Exekutive allein durch Gewinnverzicht über Zulässigkeit (und Zuordnung) einer Betätigung verfügen könnte ¹⁰⁵⁾.

Aus dem Rechtsstaatsgebot ergibt sich vielmehr umgekehrt das Verbot, Leistungen zu "verschenken", deren Erbringung nicht von öffentlichen Zwecken gefordert wird ¹⁰⁶⁾, so daß die gebührenfreundliche und vor allem die kostenlose Wohnungsvermittlung der Rechtfertigung durch "spezielle" öffentliche Zwecke ¹⁰⁷⁾ bedarf, soweit sie über die Fallgruppen 1 und 2 ¹⁰⁸⁾ hinausgeht.

3. Sachzusammenhang

Die in erster Linie bei Fragen der Gesetzgebungskompetenz ¹⁰⁹⁾ erörterte Problematik des Sachzusammenhangs ist auch für

101) Köttgen, DJT 1960, S.591 f.; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.42; H.J.Wolff, AfK 1963, S.149 ff.

102) Püttner, Unternehmen, S.203; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.118 ff.

103) Vgl. unten § 8 III.

104) Püttner, ebenda; ferner Stern-Burmeister, Sparkassen, S.118 ff.

105) Dazu schon oben § 3 III 4 (S.45 ff., bes. 48).

106) BVerfGE 12, 354 ff. (364); BGH, NJW 67, S.726.

107) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.175.

108) Vgl. oben §§ 2 IV und 4 II 2.

109) Schmidt-Bleibtreu-Klein, GG, Art.70, Rdnr.4 ff.; BVerfGE 4,74; 11, 98; 15, 24.

die Verwaltung einschlägig, wenn es um die Ermittlung von Initiativgrenzen geht ¹¹⁰⁾.

So ist es nicht ausgeschlossen, daß die "freie" Wohnungsvermittlung in so engem Zusammenhang zu der daseinsvorsorgerischen Vermittlung steht, daß sie gleichwohl bei einheitlicher Betrachtungsweise im Gesamtbereich einer "Sozialaufgabe" anzusiedeln ist ¹¹¹⁾, obwohl sie für sich allein genommen nicht unmittelbar "sozialer" Vermittlung dient. Es handelt sich dabei allerdings nie um die Schaffung neuer Kompetenzbereiche, sondern nur um eine Zuordnung, die das Ergebnis einer Auslegung schon vorhandener Zuständigkeiten darstellt ¹¹²⁾.

Daraus ergibt sich schon, daß die Erweiterung der Aufgabenbereiche nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn Tätigkeiten in Frage stehen, die der hauptsächlich verfolgten Aufgabe untergeordnet sind. Verdeutlichende Beispiele sind etwa die Teilnahme der Bundespost am Straßenverkehr beim Ausfahren von Paketen ¹¹³⁾, die Aufbereitung von Anfallprodukten bei der Gewinnung von Gas ¹¹⁴⁾, die Ausnutzung von Reklameflächen an Rathäusern oder öffentlichen Verkehrsmitteln ¹¹⁵⁾, die Veranstaltung von Werbesendungen durch die Rundfunkanstalten ¹¹⁶⁾, die Veräußerung

110) Maunz, DVBl.74, 3.

111) Vgl. etwa BGHZ 16, 111.

112) Maunz, DVBl.74, 3.

113) BGHZ 16, 111; vgl. dazu Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.60.

114) H.H.Klein, Teilnahme, S.83 f.

115) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.68; H.H.Klein, Teilnahme, S.84.

116) Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.61; Maunz, DVBl.74, S.1 ff.; ferner allgemein Lerche, Kabelfernsehen.

von Blockeis durch gemeindliche Schlachthöfe ¹¹⁷⁾, der Verkauf von Bestattungsartikeln durch gemeindliche Bestattungsunternehmen ¹¹⁸⁾ und ähnliche. Eine derart untergeordnete Tätigkeit ist die unbeschränkte Wohnungsvermittlung indessen nicht. Schon ihrem faktischen Umfang nach ist Äquivalenz anzunehmen. Von einer Sicherung der Hauptaufgabe ¹¹⁹⁾ durch eine Hilfstätigkeit kann daher nicht gesprochen werden.

Es wird allerdings behauptet ¹²⁰⁾, daß die kommunale Wohnungsvermittlung nur dann effektiv arbeiten könne, wenn sie unbeschränkt tätig werden dürfe. Grund dafür sei vor allem, daß viele Hausbesitzer und Vermieter ihre Wohnungen den Gemeinden gar nicht erst anbieten, weil sie befürchten, nur zahlungsschwache Mieter vermittelt zu bekommen. Diese Behauptung hat den Anschein der Richtigkeit für sich; rechtliche Folgerungen können aus ihr aber nicht gezogen werden. Ohne an die Voraussetzungen des Art. 89 Abs. 3 Satz 3 BayGO gebunden zu sein, beschränkt sich die Aufgabe der Gemeinden darauf, im Rahmen ihrer sozialen Garantiefunktion unterstützende Hilfestellung zu leisten. Nur auf diese Aufgabenstellung darf sich auch das Postulat der Effektivität beziehen. Es geht nicht um Effektivität im Sinne eines möglichst großen Umsatzes, sondern ausschließlich um die effektive Lösung der gestellten Aufgabe. Zur Erfüllung dieser Aufgabe ist aber die Unbeschränktheit des Vermittlungsumfanges weder erforderlich, noch kann mit Sicherheit festgestellt werden, daß der gewünschte Effekt überhaupt eintritt. Die Zurückhaltung privater Vermieter gegenüber öffentlichen Vermittlungsstellen läßt sich nicht einfach dadurch abbauen, daß neben einkommensschwachen (vielleicht) auch zahlungskräftigere Mieter vermittelt werden

117) BGH, JZ 62, 217; kritisch dazu Stern-Püttner, Gemeindefirtschaft, S. 68.

118) BVerwG, BayVBl. 73, 49 ff.

119) Maunz, DVBl. 74, 3 mit Hinweis auf die "sweeping clause" im nordamerikanischen Verfassungsrecht.

120) Günther, Die Demokratische Gemeinde 1972, S. 131.

könnten.

Zur Steigerung der Effektivität ihrer Aufgabe stehen den Gemeinden geeignete Mittel zur Verfügung: Erwähnt seien nochmals die Belegungsrechte und die Möglichkeiten, durch Öffentliche Förderung des Wohnungsbaues Belegungsrechte zu schaffen ¹²¹⁾. Im übrigen wäre eine sachgerechte Aufklärung von Vermietern und Wohnungsbaugesellschaften (insbes. solchen, die gemeinnützigen Zwecken dienen), das probate Mittel, Bedenken gegen eine Vermittlung durch Gemeinden abzubauen. Auch an eine Zusammenarbeit mit privaten Maklern ist in diesem Zusammenhang zu denken, Gerade sie wäre geeignet, die gestellten Aufgaben wirksam zu erfüllen.

Keinesfalls ist aber ein (zwingender) Sachzusammenhang zwischen unbeschränkter und beschränkter Wohnungsvermittlung damit zu begründen, daß diese ohne jene nicht effektiv genug sei. Es bleibt somit bei der Bindung "freier" Wohnungsvermittlung an Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO.

4. Einsatz von Werbemitteln

Sofern die Gemeinden für ihre Vermittlungsstellen Werbung betreiben, sei es durch Inserate, Plakate oder Postwurfsendungen ¹²²⁾, dient diese Tätigkeit der Hauptaufgabe. Es gelten die schon genannten Grundsätze. Informationen der Bürger und damit verbundene Betätigungen sind in jedem Fall in die Hauptaufgabe eingeschlossen ("impliziert") ¹²³⁾, so daß sie ebenfalls vom Hauptzweck mit erfaßt sind.

121) Vgl. oben § 4 I 2; ferner Gaentzsch, Der Städtetag 1971, S.192 ff.

122) In München wurde z.B. Plakatwerbung betrieben; außerdem erschienen informatorische Beilagen zu Münchner Tageszeitungen.

123) Maunz, DVBl.74, 3; vgl. auch Stern-Püttner, Gemeindefirtschaft, S.68; H.H.Klein, Teilnahme, S.84; Schricker, Wirtschaftliche Betätigung, S.59 ff.

IV. Ergebnis

Die Wohnungsvermittlung durch die Gemeinden erweist sich zunächst in beschränktem Rahmen als legitime Verwaltungsaufgabe. Eine tatbestandliche Beschränkung wird vorgezeichnet durch die Befugnisse nach dem WohnBindG und vor allem der LWO. Sie ist nach den Wertungen des sozialen Wohnungsrechts im einzelnen zu fixieren.

Innerhalb dieses Bereichs kann die Wohnungsvermittlung der Gemeinden als Daseinsvorsorge bezeichnet werden.

Eine über diesen Rahmen hinausgehende Vermittlung ist eine zusätzliche Agenda, die den Gemeinden (zunächst) nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO gestattet ist.

Die Vorschrift bringt zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber die in einzelnen Gemeinden eventuell besonders gefährdete Versorgung der Bevölkerung mit ausreichendem Wohnraum zu angemessenen Bedingungen als speziellen öffentlichen Zweck erachtet, welcher über den Aspekt der Daseinsvorsorge hinausgeht.

An diesem öffentlichen Zweck hat sich die Wohnungsvermittlung zu orientieren, soweit sie über die Fallgruppen 1) und 2) ¹²⁴⁾ hinausgeht.

Offen gelassen wurde bisher die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der dargelegten Konzeption, wie auch weitere Schranken und Bindungen, die sich aus verfassungsrechtlichen Wertungen ergeben. Die damit zusammenhängenden Fragen sollen im 3.Abschnitt angesprochen werden. Zunächst gilt die Darstellung jedoch den Bezugspunkten zum Selbstverwaltungsrecht.

124) Dazu § 2 IV (sowie § 4 II 2).

§ 6 Wohnungsvermittlung und Selbstverwaltungsrecht

I. Der Selbstverwaltungsgrundsatz

Im Rahmen der Universalität ihres Wirkungskreises ¹⁾ sind die Gemeinden berechtigt, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" eigenverantwortlich zu regeln (Art.28 II 1 GG).

Die Länderverfassungen enthalten über fast gleichlautende Grundsätze ²⁾ hinaus ergänzende Vorschriften ³⁾, die den Inhalt des Universalitätsgrundsatzes zwar nicht erschöpfend regeln - das würde die vorgesehen Vielfalt gemeindlicher Aufgaben gar nicht erlauben - aber doch näher erläutern, bzw. ergänzen ⁴⁾. So enthält der Katalog des Art.83 Abs.1 BayVerf nur eine beispielhafte Aufzählung der Aufgabengebiete, für die der Grundsatz der Allzuständigkeit gilt ⁵⁾ (vgl. auch Art.6 Abs.1 BayGO).

Der Hauptakzent gemeindlicher Selbstverwaltung liegt dabei im nicht-gesetzes-akzessorischen Bereich ⁶⁾; das gilt insbesondere für das Gebiet der leistenden Verwaltung.

Der Verzicht auf Gesetzesakzessorität bedeutet keine Gesetzlosigkeit. Auch im Rahmen der Selbstverwaltung nicht spezifisch geregelter Materien bestehen die allgemeinen gesetzlichen Bindungen, insbesondere die Bindung an Ver-

1) BVerfGE 1, 175; 8, 134; 17, 181; 21, 128; Stern-Burmeister, Sparkassen.

2) Art.11 II BayVerf.

3) Art.83 I BayVerf.

4) Meder, BayVerf, Art.83, Rdnr.1; Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, Art.83, Rdnr.1.

5) Meder, BayVerf, Art.83, Rdnr.1; Gönnerwein, Gemeinderecht, S.87; Meder, BayVerf, Art.11, Rdnr.11; Kühn, Allzuständigkeit, S.13.

6) Gönnerwein, Gemeinderecht, S.88, spricht von "gesetzesfreier Verwaltung"; vgl. auch Wolff, VR I (8.Aufl.), S.27, der sie als "freigestellte gesetzesunabhängige Eigenverwaltung (freie Selbstverwaltung)" bezeichnet.

fassung und Grundgesetz 7).

Das ergibt sich nicht nur aus dem Grundsatz der Rechtmäßigkeit staatlichen Tuns im weitesten Sinne (Art.20 III GG), sondern auch aus der Beschränkung des Selbstverwaltungsrechtes auf den Bereich innerhalb des Rahmens der Gesetze (Art.11 II BayVerf). Soweit der Gesetzgeber im formellen oder auch nur materiellen 8) Sinne gemeindliche Aufgabenkreise festlegt, ist die Ausfüllung des Selbstverwaltungsrechtes nicht mehr dem freien Ermessen der Gemeindeorgane 9) verfügbar. Allerdings ist es dem Normgeber verboten, den Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechtes anzutasten 10).

Nach der heute herrschenden Auffassung erscheint Art.28 II GG nicht als Grundrecht, sondern als institutionelle Garantie 11), die dennoch im Hinblick auf den Gehalt von Art.19 II GG ähnlich wie ein Grundrecht interpretiert wird 12). Art.28 II GG enthält nach überwiegender Auffassung 13) dreierlei Verbürgungen:

7) Gönnerwein, Gemeinderecht, S.88; Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S.123.

8) BVerfGE 26, 228 (237).

9) BVerwG, BayVBl.73, 49.

10) BVerfGE 22, 180 ff.; 26, 172 ff., 228 ff.; 22, 353 ff.; 17, 172 ff.; 22, 204 f. mit Hinweis auf E 1, 175; Gönnerwein, Gemeinderecht, S.33 f, 49 ff.; Becker, HKWP I, S.121; Forsthoff, VR I (9te) S.495 f.; Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S.144, 160 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.28, Rdnr.33; v.Mangoldt-Klein, GG, Art.28, Anm.IV; zuletzt Stern-Burmeister, Die kommunalen Sparkassen, S.51.

11) BVerfG in st. Rspr., vgl. BVerfGE 1, 167 (174 f.); 22, 180 (204 ff.); 23, 353 (365); Stern-Püttner, Gemeinderecht, S.49 ff.; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.47 ff.; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.28, Rdnr.24; v.Mangoldt-Klein, GG, Art.28, Anm.IV; Köttgen, HKWP I, S.229; Becker, HKWP I, S.140; Becker, Grundrechte IV/2, S.681; Nawiasky-Leusser-Schweiger-Zacher, BayVerf, Anm.zu Art.83.

12) Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S.145; vgl. auch Meder, BayVerf, Art.11, Rdnr.4.

13) Stern-Püttner, Sparkassen, S.47; ebenso Scholz, Einrichtungen, S.53; Stern, Bonner Komm., Art.28, Rdnr.62-66; 78-84; 174-177; BVerfGE 22, 180 (204 ff.); 23, 353; BVerfG, DVBl.69, 792.

Das ist einmal die institutionelle Garantie des Rechtssubjekts "Gemeinde", sodann eine objektive Verbürgung der Rechtsinstitution "Kommunale Selbstverwaltung" und schließlich eine Rechtstellungsgarantie der Gemeinde zur Abwehr von Eingriffen in die beiden erstgenannten Garantien, die "namentlich durch die Art.93 Nr.4 b GG, § 91 BVerfGG effektivierbar ist" ¹⁴⁾. Der garantierte Aufgabenbestand und die Ausführung "in eigener Verantwortung" stehen dabei unter dem in Art.28 II GG ausgedrückten allgemeinen Gesetzesvorbehalt ¹⁵⁾.

Auf der anderen Seite darf dieser Vorbehalt nicht zu einer Aushöhlung der "verfassungsunmittelbaren" Garantie ¹⁶⁾ führen. In Anlehnung an den in Art.19 II GG enthaltenen Gedanken stehen auch institutionelle Garantien, die einem Gesetzesvorbehalt unterliegen, nicht zur freien Disposition des Normgebers. Gesetzliche Regelungen dürfen nur im vorgelagerten Schutzbereich erfolgen, nicht aber den absolut geschützten Kernbereich beschneiden ¹⁷⁾.

-
- 14) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.47; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.28, Rdnr.28; Stern, Bonner Komm., Art.28, Rdnr.69.
- 15) BVerfGE 1, 167/175 ff., 7, 358 (365); 8, 332 (359); Stern, Bonner Komm., Art.28, Rdnr.114; zustimmend Scholz, Einrichtungen, S.54 f.; auf den Streit, ob sich der Vorbehalt nur auf den Aufgabenbestand oder/und auf die Eigenverantwortlichkeit bezieht, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Vgl. dazu Lerche, Verfassungsfragen, S.99 f.
- 16) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.145.
- 17) BVerfGE 1, 167 ff. und weitere Rechtsprechung, vgl. dazu Fußnoten 10 und 15.

Daß bei institutionellen Garantien eine Ausklammerung des unantastbaren Kernbereichs aus dem disponierten Schutzbereich ebenso wie bei Grundrechtsverbürgungen notwendig erscheint, erklärt sich entweder aus dem Wesen der institutionellen Garantie selbst ¹⁸⁾ oder aus einer (analogen) Anwendung von Art.19 II GG ¹⁹⁾.

Welche Aufgabenbereiche der Selbstverwaltung letzten Endes garantiert werden, läßt sich allerdings weder aus Art.28 II GG, noch aus den Verfassungsgrundsätzen der Länder entnehmen ²⁰⁾. Es herrscht eine - auch vom Schrifttum selbst festgestellte ²¹⁾ - Unklarheit über die inhaltliche Auslegung von Art.28 II GG. Auch die Versuche, den Inhalt der Selbstverwaltungsgarantie und vor allem deren Wesensgehalt abstrakt zu umreißen ²²⁾, sind kaum geeignet, diese Unklarheit zu beseitigen ²³⁾.

Für die verfassungsrechtliche Bedeutung der Selbstverwaltung sind ohne Zweifel "Inhalt und ... Wirkungsbreite der Selbstverwaltungsangelegenheiten" bestimmend ²⁴⁾.

Gerade die Selbstverwaltungsangelegenheiten unterliegen aber einem steten Wandel ²⁵⁾. Eine deutliche Fixierung -

18) Stern, Bonner Komm. Art.28, RdNr.120.

19) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.28, RdNr.32; v.Mangoldt-Klein, GG, Art.28 Anm.IV 1 d; nicht ausdrücklich, aber sinngemäß wohl auch Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.145.

20) Die BayVerf enthält - wie oben dargelegt - nur eine beispielhafte Aufzählung in Art.83, vgl. oben, Fußnote (4) und (5).

21) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.149; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.49.

22) Vgl. etwa Stern, Bonner Komm., Art.28, RdNr.120 ff.; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.144, 150 ff.; 155; Lerche, Verfassungsfragen, S.100 ff.; Lerche, Gemeinden, S.24; Scholz, Einrichtungen, S.55.

23) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.50.

24) Scholz, Einrichtungen, S.55.

25) Eingehend Scholz, Einrichtungen, S.34 ff.; kritisch Kühn, Allzuständigkeit, S.59, der darlegt, daß gegenwärtig die Wandlungsmöglichkeiten nur einem Wunschdenken, nicht aber der Realität entsprechen.

z.B. im Sinne einer abschließend normierten Aufzählung gemeindlicher Angelegenheiten - widerspricht daher dem der Selbstverwaltung seit jeher immanenten Gebot der Flexibilität ²⁶⁾. Ist man sich darüber einig, daß "eine statische Betrachtung der unter den Schutzbereich des Art.28 II GG fallenden Eigenzuständigkeit der Kommunen, die notwendig zu einer Versteinerung einmal gewachsener Kompetenzen und Strukturen führen muß, fehl am Platze ist" ²⁷⁾, so muß man andererseits auf Eindeutigkeit und Klarheit bei einer abstrahierenden Auslegung von Art.28 II GG verzichten. Aus diesem Grund muß eine Abgrenzung relativ bleiben. Sie läßt sich nur am konkreten Fall vornehmen, aus der sachlichen Substanz der in Frage stehenden Angelegenheit bemessen.

II. Wohnungsvermittlung als örtliche Angelegenheit

Den Gemeinden ist durch Art.28 II GG nur die Regelung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft garantiert. Auch in diesem Punkt wird die Unklarheit der verfassungsrechtlichen Regelung beklagt ²⁸⁾. Der Begriff "örtlich" wird sogar als völlig ungeeignet erachtet, wenn es darum geht, eine bestimmte Materie zu beurteilen ²⁹⁾. Das mag seinen Grund darin haben, daß sich für die wenigsten Materien ein eindeutiger Bezug zur (nur) örtlichen Erledigung feststellen läßt. Letztlich kann jede Materie auch überörtlich erledigt werden; es sind andererseits keine Angelegenheiten denkbar, deren Erledigung zwingend an die regionale Begrenzung geknüpft ist. Weiterhin weist nahezu jede Angelegenheit - mag sie auch örtlich erledigt werden - überörtliche Aspekte auf ³⁰⁾. Diese Zweifel mögen

26) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.50.

27) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.49.

28) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.143 mit weiteren Nachweisen.

29) Partsch, Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, S.311.

30) Stern-Püttner, S.168 mit Hinweis auf das Schulwesen (Lage des Schulgebäudes ist örtlich, Lehrplan u.ä. ist überörtlich).

berechtigt sein, sofern man allein auf den Bezug der Materie zur "Örtlichkeit" abstellt. Das ist indessen nicht genug. Hinzu kommen Kriterien der (konkreten) Zweckmäßigkeit, die eine Angelegenheit dann als örtlich erscheinen lassen, wenn sie in ausreichender Weise von der örtlichen Gemeinschaft als der kleineren Einheit erledigt werden kann ³¹⁾. Entscheidendes Gewicht liegt ferner auf der subjektiven Beurteilung durch die Gemeinde selbst. Geht man von der Allseitigkeit des gemeindlichen Wirkungskreises ³²⁾ aus, so liegt es letzten Endes in der Hand der Gemeinde, welche Angelegenheiten sie eigenverantwortlich regeln will.

Man würde am Grundverständnis der Selbstverwaltung vorbeiziehen, wollte man diese gemeindliche Dispositionsfreiheit bei der Frage unberücksichtigt lassen, ob eine Angelegenheit örtlich sei oder nicht.

Die Gemeinden sind vielmehr angehalten ³⁴⁾, im Rahmen ihres Potentials für die örtliche Gemeinschaft tätig zu werden.

Die Wohnungsvermittlung erweist sich ebenso wie andere Materien ³⁵⁾ zunächst als neutrale Angelegenheit, die sowohl im örtlichen wie im überörtlichen Bereich erledigt werden kann ³⁶⁾. Ein optimaler Vollzug "aus nur topographischen Gründen" ³⁷⁾ steht keinesfalls fest. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, daß es sich um eine Aufgabe handelt, die "in ihrer spezifischen Struktur auf den lokalen

31) Gönnerwein, Gemeinderecht, S.36; BVerfGE 8, 122; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.169.

32) Gönnerwein, Gemeinderecht, S.36.

33) Gönnerwein, Gemeinderecht, S.36 f.

34) In Bayern durch Art.57 I BayGO, der als Sollvorschrift ausgestaltet ist, aber über Satz 2 auch eine Verpflichtung mittelbar enthalten kann, vgl. Hölzl, BayGO, Art.57, Anm.I 1.

35) Beispiele bei Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.168.

36) Man vergleiche mit der Arbeitsvermittlung, die überregional erledigt wird; vgl. dazu BVerfGE 21, 245.

37) Scholz, Einrichtungen, S.90.

Bereich und die individuellen Bedürfnisse der Gemeindebürger zugeschnitten" ³⁸⁾ ist. Besonders für die letzte Annahme spricht, daß die Gemeinden auf Grund ihrer sonstigen Zuständigkeiten einen oft umfassenden Überblick über die Wohnungssituation ³⁹⁾ haben, daß sie aus dem gleichen Grund auch die gerade regional bedingten individuellen Bedürfnisse ihrer Bürger überschauen können. Zur eigentlich örtlichen Angelegenheit wird die Materie der Wohnungsvermittlung jedoch nicht schon allein durch diese objektiv mehr oder weniger bestimmbar Elemente ⁴⁰⁾, vor allem dann nicht, wenn es sich um Angelegenheiten handelt, um die sich die Gemeinden bisher nicht gekümmert haben, die aber auch nicht im Aktivitätenkreis der übrigen Hoheitsträger angesiedelt sind.

Zu der objektiven Geeignetheit einer Materie zum örtlich begrenzten Vollzug muß zweierlei treten, um sie als örtliche Angelegenheiten im Sinne des Art.28 II GG erscheinen zu lassen: Das ist zum einen das subjektive Moment, sich "essentiell" ⁴¹⁾ in einer neuen örtlichen Angelegenheit zu betätigen, m.a.W. die Materie als örtliche Angelegenheit behandeln zu wollen, und zum anderen die tatsächliche Vollzugsbegrenzung auf dem Gebiet innerhalb des gemeindlichen Burgfriedens.

Auf die Praxis bezogen bedeutet die örtliche Begrenzung vor allem, daß nur solche Vermittlungsobjekte in Betracht kommen, die im Gemeindegebiet "belegen" ⁴²⁾ sind.

38) Becker, HKWP I, S.131; Scholz, Einrichtungen, S.89.

39) Man denke an die Zuständigkeiten nach der Landeswohnungsordnung und an den Vollzug der wohnungsrechtlichen Bestimmungen, vgl. Gaentzsch, Der Städtetag 1971, 193 f.; in Betracht kommen auch Zuständigkeiten nach dem Städtebauförderungsgesetz vom 1.8.1971 (BGBl.I, 1125); dazu Battis, JuS 72, 106.

40) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.168 ff., stellen auf das Gewicht der örtlichen Aspekte ab, gestehen aber auch ein, daß auch daraus keine Eindeutigkeit gewonnen werden kann.

41) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.167.

42) Der Begriff ist nur § 24 ZPO entlehnt, vgl. dazu Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 24, Anm.4.

Andernfalls würde die Vermittlung des für den Rahmen der Allzuständigkeit notwendigen örtlichen Aspekts ⁴³⁾ entbehren. Im Hinblick auf die Wohnungssuchenden ist eine regionale Abgrenzung insoweit denkbar, als nur an Gemeindegewohner vermittelt wird.

Abgesehen davon, daß eine solche Praxis im Widerspruch zu den Intentionen einer Vermittlungsstelle stehen würde, ist sie auch unnötig zur Wahrung des örtlichen Aspekts. Die Vermittlung von im Gemeindegebiet belegenen Wohnungen ist noch nicht deshalb überörtlich, weil sie von Wohnungssuchenden in Anspruch genommen wird, die erst ansässig werden wollen.

Gerade die Absicht, im Gemeindegebiet sesshaft zu werden, spricht deutlich für ein örtliches Schwergewicht der auf Grund der Objektwahl einerseits schon regional begrenzten Tätigkeit.

Zudem liegt der Fall nicht anders als z.B. bei städtischen Nahverkehrsunternehmen, denen der Charakter einer örtlichen Angelegenheit auch nicht deshalb abgesprochen werden kann, weil sich Gemeindefremde ihrer bedienen ⁴⁴⁾.

Es ist daher festzuhalten, daß die Wohnungsvermittlung dann als örtliche Angelegenheit der Gemeinschaft erscheint, wenn sie von den Kommunen als örtliche Angelegenheit innerhalb der Grenzen des Gemeindegebietes durchgeführt wird ⁴⁵⁾. Diese vorläufige Eingrenzung muß im Hinblick auf Art.28 II GG allerdings noch neutral bleiben, da nicht alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft unter die Selbstverwaltungsgarantie fallen.

43) Gönnerwein, Gemeinderecht, S.36; Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S.169.

44) Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S.169.

45) So verfährt die Praxis; ausdrücklich angesprochen ist die Problematik einer überregionalen Vermittlung im Organisationsmodell (München) S.14 Ziff.2, wo angedeutet wird, daß eine Vermittlung außerhalb des Stadtgebiets unzulässig sein könnte.

III. Angelegenheit des eigenen Wirkungskreises

Die kommunale Wohnungsvermittlung versteht sich - soweit überhaupt zulässig - ⁴⁶⁾ als regional begrenzbar und begrenzte "Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft" (Art.7 Abs.1 BayGO). Dieser Konzeption entspricht auch Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO: Die Zulässigkeitskriterien sind unlösbar mit dem örtlichen Bereich verknüpft. Auf der anderen Seite läßt sich die Zuordnung der Wohnungsvermittlung zur Kommunalverwaltung u.a. aus gesetzlichen Regelungen ableiten, die den Gemeinden Aufgaben und Kompetenzen zuweisen ⁴⁷⁾. Es fragt sich, ob daraus geschlossen werden kann, die Wohnungsvermittlung sei eine übertragene Angelegenheit im Sinne von Art.8 Abs.1 BayGO.

Als vergleichbare Materie soll das Sparkassenwesen dienen. § 1 Abs.1 SpKG ähnelt in seinem Wortlaut der Regelung in Art.89 Abs.1 Satz 3:

"Die Gemeinden ... können mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde Sparkassen nach Maßgabe dieses Gesetzes errichten."

Die Materie ist weitgehend gesetzlich geregelt und als "kommunales Sonderrecht" ⁴⁸⁾ sogar aus dem allgemeinen Gemeinderecht ausgeklammert. Gleichwohl fallen Errichtung und das Betreiben kommunaler Sparkassen in den eigenen Wirkungskreis. Das Sparkassenwesen gehört zum traditionell gewachsenen Bestand der örtlichen Aufgaben ⁴⁹⁾.

46) D.h. im Rahmen, der unter § 5 geschildert wurde, bis zur "maximalen" Ausdehnung, die von Art.89 Abs.3 S.3 begrenzt wird.

47) Oben § 4 I, II.

48) Scholz, Einrichtungen, S.184.

49) Scholz, Einrichtungen, S.185; Herbig, Einrichtungen, S.101; Stern-Burmeister. Sparkassen, S.64 ff.

und bildet einen wesentlichen Bestandteil des Selbstverwaltungsrechts⁵⁰⁾. Die gesetzliche Ausgestaltung ändert daran nichts. Die Normierung der Aufgabenzuständigkeit (§ 1 Abs.1 SpKG) hat damit nur deklaratorische und klarstellende Funktion.

Nicht anders steht es mit der Aufgabenzuständigkeit für die Materie der Wohnungsvermittlung. Die gestellte Aufgabe läßt sich in ihren Teilbereichen aus verschiedenartigen Rechtsgrundlagen herleiten. Es vereinen sich wohnungs- und sicherheitsrechtliche Normen⁵¹⁾ und Aspekte der Wohlfahrtspflege im weiteren Sinn⁵²⁾ zu einer gleichartigen Aufgabenstellung. Nicht zuletzt im Interesse der betroffenen Bürger gebieten Rationalität und Effektivität eine organisatorisch einheitliche Erledigung der gestellten Aufgaben. Ungeachtet des aus verschiedenartigen Quellen gewährten Aufgabenumfangs ist die Materie pauschal als *e i n e* Angelegenheit zu betrachten, die der örtlichen Gemeinschaft dient (Art.7 Abs.1 BayGO). Den Gemeinden kommt dabei gerade nicht die für den übertragenen Wirkungskreis weithin typische Funktion eines (behördlichen) Vollzugsorgans zu⁵³⁾. Den Gemeinden verbleibt die "Errichtungs-, Satzungs-, Vermögens-, Organ- und Geschäftsführungshoheit"⁵⁴⁾. Daß die

50) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.94; Scholz, Einrichtungen, S.185, spricht von "prinzipieller Selbstverwaltungszugehörigkeit".

51) WohnBindG, LWO, vgl. oben § 4 I 3,4; als Teilbereich - allerdings nur für die kreisfreien Gemeinden - sind durch VO übertragene Befugnisse nach dem WohnBindG anzusehen. Für sich allein genommen stellen die damit verbundenen Aufgaben übertragene Angelegenheiten dar.

52) Gemeint ist damit der oben aufgezeigte Bereich gezielter Daseinsvorsorge, vgl. § 5.

53) Vgl. dazu Masson-Samper, BayGO, Art.8, Rdnrn.2 ff.

54) Scholz, Einrichtungen, S.184 f., speziell bezogen auf die kommunalen Sparkassen.

Wohnungsvermittlung weder in Art.57 BayGO noch in Art.83 BayVerf ausdrücklich erwähnt wird, schadet dabei nicht. da diese Kataloge keine abschließenden Aufzählungen bieten ⁵⁵⁾. Ist in Art.57 Abs.1 BayGO der allgemeine Grundsatz enthalten, öffentliche Einrichtungen für das wirtschaftliche und soziale Wohl der Einwohner zu schaffen, so erweist sich Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO als eine spezielle Ausgestaltung dieses Grundsatzes ⁵⁶⁾. Zu den in Art.57 Abs.2 Satz 1 BayGO abschließend aufgezählten ⁵⁷⁾ Pflichtaufgaben gehört die Wohnungsvermittlung ebenso wenig wie zu den durch Gesetz begründeten Pflichtaufgaben (Art.57 Abs.2 Satz 2).

IV. Öffentliche Aufgabe und gesetzliche Regelung

Die Selbstverwaltungsgarantie bezieht sich nach allgemeiner Ansicht nur auf öffentliche Aufgabenstellungen ⁵⁸⁾. Die Wohnungsvermittlung - obwohl im dargestellten Umfang örtliche Angelegenheit - kann demnach nur dann in den Kreis der garantierten Selbstverwaltungsangelegenheiten einbezogen werden, wenn sie eine öffentliche Angelegenheit darstellt.

55) Meder, BayVerf, Art.83, Rdnr.1; Gönnerwein, Gemeinde-recht, S.87.

56) Der Gesetzgeber hätte gut daran getan, die Materie in den Katalog des Art.57 Abs.1 BayGO aufzunehmen. In Art.89 scheint die Wohnungsvermittlung deplaciert, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt. Die Regelung ist symptomatisch für die (oft beklagte) dogmatische "Unterbilanz" (Ossenbühl, DÖV 71, 513), der Leistungsverwaltung. Doch ist dies der Preis für Flexibilität und Bürgernähe.

57) Masson-Samper, BayGO, Art.57, Rdnr.24.

58) Stern, Bonner Komm., Art.28, Rdnr.86; Becker, HKWP I, S.122; ders., Grundrechte IV/2, S.696; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.69; Scholz, Einrichtungen, S.55; Lerche, Verfassungsfragen, S.95; Kühn, Allzuständigkeit, S.136; H.J.Wolff, AfK 2.Jahrgang (1963), S.158 f.

Auf der anderen Seite muß berücksichtigt werden, daß die Gemeinden auch Angelegenheiten aufgreifen können, die nicht in den garantierten Bereich der Selbstverwaltung fallen. Art.28 II GG begrenzt weder die gemeindliche Zuständigkeit, noch verbietet er das Aufgreifen bestimmter Angelegenheiten nach materiellen Gesichtspunkten. Selbst wenn eine von den Gemeinden in Angriff genommene Aufgabe nicht in den garantierten Selbstverwaltungsbereich fällt, besteht jedenfalls für die örtlich begrenzte Erfüllung primär zumindest die Vermutung ⁵⁹⁾ der Zuständigkeit. In diesem Falle kann der Gesetzgeber die Aufgabe ohne Verstoß gegen Art.28 II an sich ziehen oder allgemeine Grenzen der Wahrnehmung bestimmen.

Sofern das nicht geschieht, bleibt es bei der aus der Allzuständigkeit resultierenden Kompetenz der Gemeinden. Die Zulässigkeit im weiteren und - falls primär der Zulässigkeit nichts im Wege steht - die Grenzen der Betätigung werden durch den Rahmen der vorgegebenen Normen bis hin zum Verfassungsrecht gezogen ⁶⁰⁾.

Einer speziellen Ermächtigung bedürfen die Gemeinden daher nicht, wenn sie im Rahmen ihrer Zuständigkeit Einrichtungen schaffen, ohne unmittelbar in die Rechtssphäre einzelner Bürger einzugreifen ⁶¹⁾. Es genügt die generelle und umfassende Handlungskompetenz ⁶²⁾, soweit die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Frage steht.

59) Becker, Grundrechte, IV/2, S.736; Kühn, Allzuständigkeit, S.59.

60) Dazu im einzelnen unten, § 7 ff.

61) Vgl. Maunz, DVBl. 74, 1 ff. zum Umfang des Tätigwerdens der Rundfunkanstalten.

62) Vgl. dazu Püttner, Unternehmen, S.203.

Inwieweit die Wohnungsvermittlung als legitime öffentliche Aufgabe der Gemeinden angesprochen werden kann, wird im einzelnen noch erörtert werden ⁶³⁾; insoweit sind vor allem verfassungsrechtliche Erwägungen ausschlaggebend, denen an dieser Stelle nicht vorgegriffen werden muß.

Es kann jedoch bereits hier geklärt werden, ob die gesetzliche Regelung in Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinden in unzulässiger Weise beschränkt, den garantierten Kernbereich der Selbstverwaltungsgarantie beschneidet. Die Wohnungsvermittlung als eine einheitliche Betätigung gehört in dem Maße zum (weiteren) Schutzbereich des Art.28 Abs.2 GG, in dem sie legitime öffentliche Aufgabe ist, ungeachtet des Umfanges einer implizierten wirtschaftlichen Betätigung ⁶⁴⁾. Nur insoweit können daher gesetzliche Beschränkungen relevant werden.

Eine Verletzung ist aus drei Gründen denkbar:

Einmal kann das Aufstellen besonderer Zulässigkeitsvoraussetzungen und zum anderen der Genehmigungsvorbehalt das Selbstverwaltungsrecht schmälern. Schließlich kann Art.89 Abs.3 Satz 3 insgesamt eine dem Wesen des Selbstverwaltungsrechts zuwiderlaufende repressive Regelung sein.

Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechts ist "der Inbegriff der die Selbstverwaltungsfreiheit prägenden, das Erscheinungsbild der deutschen Gemeinden formenden Agenten, deren Änderung oder Beseitigung das Gepräge und

63) Vgl. unten § 8 III (aber auch schon oben, § 5).

64) Vgl.dazu Scholz, Einrichtungen, S.55; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.160; Pagenkopf, Kommunalrecht, S.334; Becker, HKWP I, S.122; H.J.Wolff, AfK 1963, S.158 f.

die Struktur der Institution im Kern treffen würde" 65). Es ist allerdings nicht jede Betätigung im Rahmen der Daseinsvorsorge typisch für die Gemeinden. Die vom BayVerfGH vertretene Ansicht, daß Daseinsvorsorgeunternehmen zum Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrecht gehören 66), kann nicht generell gelten. Aus der Entscheidung läßt sich vielmehr erkennen, daß nur solche Daseinsvorsorgeeinrichtungen darunterfallen, die einen typusbestimmenden 67) Charakter aufweisen. So wurden in concreto die Versorgungs- und Verkehrsunternehmen als gemeindetypisch angesehen, ein Ergebnis, das sich vor allem auf den traditionellen Bestand gemeindlicher Agenden wie auch auf Art.83 Abs.1 BayVerf stützt 68). Daraus ergibt sich, daß jede einzelne Betätigung gesondert auf ihre Zugehörigkeit zum Wesensgehalt geprüft werden muß 69).

Maßgeblich sind traditionelle Verflechtung mit der Gemeinde und typusbestimmende Natur der Betätigung. Man hat sich vorzustellen, daß zwischen dem unantastbaren Kernbereich des Art.28 Abs.2 GG und dem Kern der die Privatwirtschaft schützenden Art.12 und 2 Abs.1 GG ein Raum liegt, der privaten und kommunalen Initiativen zugänglich ist. Es handelt sich um eine Art "Niemandland" 70), in dem der Gesetzgeber regeln kann, ob und in welchem Umfang er eine gemeindliche Betätigung (neben privatwirtschaftlicher) zulassen will.

65) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.52.

66) BayVerfGH, DÖV 58, 216 ff.

67) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.167.

69) Vgl. dazu Köttgen, Daseinsvorsorge, S.58 ff.; Scholz, Einrichtungen, S.102 ff.

69) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.162.

70) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.174.

Es kommt somit darauf an, ob die Wohnungsvermittlung als Materie in diesen regelbaren Raum fällt, oder ob sie zu den traditionellen und typusbestimmenden Aufgaben gemeindlicher Leistungsverwaltung gerechnet werden kann.

Die Materie entbehrt eines traditionellen Gehalts.

Die gemeindlichen Aufgaben der nahezu völlig abgebauten Wohnungsämter ⁷¹⁾ waren auf andere Ziele gerichtet; darüber hinaus handelten die Gemeinden dabei im übertragenden Wirkungskreis namens des Staates, führten mithin Staatsaufgaben behördlich durch. Ebenso wenig kann von einem typusbestimmenden Charakter der Materie Wohnungsvermittlung gesprochen werden ⁷²⁾, es sei denn, man betrachtet Aufgaben der Daseinsvorsorge ganz generell als typusbestimmend, ohne auf ihre einzelnen Merkmale Rücksicht zu nehmen ⁷³⁾.

Gleichwohl können die Zulässigkeitsschranken in Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO, die mit dem Wort Errichtungsvorbehalt umschrieben sein sollen, das Wesen der Selbstverwaltungsgarantie antasten.

Der Errichtungsvorbehalt spezialisiert als unbestimmter Rechtsbegriff ⁷⁴⁾ die ohnedies bestehende Bindung gemeindlicher Initiativen an einen öffentlichen Zweck. Er knüpft an Voraussetzungen, die im Vergleich zu der inhaltlichen Konkretisierung der mit der Wohnungsvermittlung legitim verfolgbaren Zwecke wesentlich strenger sind (besondere Gefährdung der Versorgung!).

71) Vgl. dazu oben § 4 I 2.

72) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.167, unter Hervorhebung gemeindlicher Leihämter, denen ebenfalls kein typusbestimmender Charakter zukommt.

73) Hölzl, BayGO, Art.75, Anm.I, 1.

74) Vgl. oben § 4 II.

Es fragt sich, ob der Gesetzgeber die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben des örtlichen Bereichs von Voraussetzungen abhängig machen darf, die gegenüber den verfassungsrechtlich bereits immanenten Grenzen eine Verschärfung darstellen, oder ob eine solche Regelung den Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechtes beschneidet, obwohl die in Frage stehende Aufgabe weder traditionelle noch typische oder ersichtlich typusbestimmende Selbstverwaltungsangelegenheit ist.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß Gemeinden neue Angelegenheiten aufgreifen, die im Grundsatz ebenso in den Kernbereich der Garantie fallen, obwohl sie keine traditionellen Elemente aufweisen und ohne Beispiel sind ⁷⁵⁾. Die Entscheidung darüber, ob ein öffentlicher Zweck vorliege oder nicht, muß gewiß auch nach dem Grundgedanken des Art.28 Abs.2 GG einen Beurteilungsspielraum ⁷⁶⁾ offen lassen zur situationsgerechten Bewältigung regional unterschiedlicher Probleme. Dennoch kann die generelle Bindung an öffentliche Zwecke nichts über die Zugehörigkeit einer Materie zum Kernbereich der Selbstverwaltung aussagen, da sie Zulässigkeitsmaßstab für alle Betätigungen der Gemeinden ist ⁷⁷⁾.

Es kann dem Gesetzgeber daher nicht verwehrt sein, den allgemeinen Errichtungsvorbehalt zu verschärfen.

Er hält sich damit auf dem Boden des oben beschriebenen "Niemandlandes" zwischen Kernbereich des Art.28 Abs.2 und Kernbereich der Art.2 Abs.1 und 12 GG. Der Errichtungs-

75) BVerfGE 23, 367.

76) Weitergehend Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.175 f., die einen unüberprüfbaren Ermessensspielraum postulieren: wie hier: H.H.Klein, Teilnahme, S.83.

77) Vgl. oben § 5 und schon § 3.

vorbehalt läßt die Gestaltungsrechte (Satzungs-, Vermögens-, Organ-, Geschäftsführungshoheit) ⁷⁸⁾ unberührt.

Der Genehmigungsvorbehalt als Institut im Rahmen materiebezogener Sonderaufsicht ⁷⁹⁾ berührt nach dem Gesagten den Wesensgehalt des Selbstverwaltungsrechtes ebenfalls nicht. Allerdings bestehen verfassungsrechtliche Bedenken, wenn mit Hilfe des Genehmigungsverfahrens auf solche Befugnisse der Gemeinden eingewirkt wird, die für die Durchführung der Wohnungsvermittlung verbleiben.

Ähnlich wie bei den Genehmigungen im Sparkassenrecht nötigt Art.28 Abs.2 GG zu einer restriktiven Genehmigungspraxis ⁸⁰⁾, "die den Elementen der staatlichen Organisationsgewalt nicht den Inhalt eines echten Mitwirkungsrechtes einräumt" ⁸¹⁾.

Die Genehmigungsbehörde hat sich daher auf den Rahmen der allgemeinen Kommunalaufsicht zu beschränken ⁸²⁾. Dies bedeutet, daß nur eine Rechtmäßigkeitskontrolle im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vorgenommen werden darf, die sich insbesondere auf die Überprüfung der Zweckbindung erstrecken kann. Zu Zweckmäßigkeitserwägungen als Bestandteile einer Ermessensausübung berechtigt der im Lichte der Selbstverwaltungsgarantie zu interpretierende Genehmigungsvorbehalt nicht.

78) Scholz, Einrichtungen, S.184.

79) ders., aaO., S.181.

80) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.93.

81) Scholz, Einrichtungen, S.185; vgl. auch OVG Saarlouis, DÖV 70, S.610 ff.; OVG Münster, OVGE 34, 388 ff.

82) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.93 f.; Scholz, Einrichtungen, S.187.

Schließlich bleibt festzustellen, daß Art.89 Abs.3 Satz 3 auch nicht in seiner Gesamtheit das Selbstverwaltungsrecht in unzulässiger Weise beschränkt. Die Koppelung von Errichtungs- und Genehmigungsvorbehalt intensiviert die gesetzliche Reglementierung nicht. Vielmehr gewährleistet die staatliche Genehmigung nur, daß der Errichtungsvorbehalt eingehalten wird.

3. Abschnitt: Grenzen und Bindungen kommunaler Wohnungsvermittlung

§ 7 Ausgangspunkt

Sozialstaatliche Zielsetzungen können zwangsläufig nur durch eine Ausweitung des Betätigungsfeldes der öffentlichen Hand, vor allem der Gemeinden, verwirklicht werden. Ebenso zwangsläufig folgt aus einem verstärkten Engagement der Verwaltungsträger eine Tangierung des individuellen Freiheitsraumes.

Durch die konkurrierend tätige öffentliche Hand können "berufliche und unternehmerische Entfaltungsmöglichkeiten" ¹⁾ eingeschränkt, bzw. bei staatlicher Monopolbildung ²⁾ ausgeschaltet werden ³⁾.

Die Bereiche konkurrierender Tätigkeit sind meist weit gefaßt. Die Spannbreite kann von konkreter Sozialhilfe über sogenannte "Allgemeinversorgung" ⁴⁾ bis hin zur reinen Erwerbswirtschaft reichen.

Verdrängt die staatliche Monopolisierung eine private Initiative zwangsläufig aus dem vorbehaltenen Bereich, so tritt diese Folge bei (nur) konkurrierender Tätigkeit nicht schon aus rechtlichen Gründen ein. Allerdings ist das Auftreten eines in die staatliche Organisation einbezogenen Konkurrenten geeignet, private Unternehmen faktisch zu verdrängen.

1) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.116.

2) So z.B. bei der Arbeitsvermittlung, vgl. Gesetz über die Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.April 1957, BGBI. I, S.321.

3) Vgl. BVerfGE 21, 245.

4) Wolff, VR III, § 139 II b 1; vgl. auch Bull, Staatsaufgaben, S.234 f.

Das mag im Einzelfall durch einen überlegenen organisatorischen Apparat, durch nahezu unbegrenztes finanzielles "Stehvermögen" oder durch nachhaltiges Unterbieten der Marktpreise geschehen ⁵⁾.

Zwingend ist diese Folge nicht.

Staatliche oder kommunale Teilnahme am Wirtschaftsleben kann auch bedeuten, daß das "freie Spiel der Kräfte" nicht nur nicht gestört, sondern sogar belebt und positiv zum Wohle der Privatwirtschaft beeinflußt wird ⁶⁾. Schließlich ist aber auch denkbar, daß staatliche Tätigkeit - z.B. mangels Nachfrage ⁷⁾ - nicht konkurrenzfähig ist, daß sie am Markt "vorbeizieht", und aus diesen Gründen wieder aufgegeben wird, ohne die privaten Konkurrenten jemals beeinträchtigt zu haben; in diesem Falle müßte der Hoheitsträger zwar die Folgen des Unternehmerrisikos tragen, die damit verbundenen finanziellen Verluste trägt aber letztlich "der Steuerzahler" ⁸⁾.

Damit stellt sich die Frage, inwieweit die öffentliche Hand legitimiert ist, ihr Betätigungsfeld auszuweiten, und inwieweit sie befugt ist, in Bereiche der Privatwirtschaft vorzudringen. Daß die Notwendigkeit besteht, die Betätigung der öffentlichen Hand in ein System rechtlicher Voraussetzungen und Grenzen ⁹⁾ zu stellen, versteht sich von selbst.

Das gleiche gilt auch für den Gesetzgeber, der es unternimmt, einen bestimmten Aufgabenbereich wie die Wohnungsvermittlung dem gemeindlichen Betätigungsfeld zu eröffnen. Die für die Gemeinden vorhandenen gesetzlichen Regelungen mögen generell ihre Tätigkeit legitimieren und begrenzen ¹⁰⁾, so daß der von der Verfassung für die private

-
- 5) Püttner, Unternehmen, S.161; auch die praktische Wohnungsvermittlung der Gemeinden ist von dieser Motivation getragen, vgl. oben S.13 f. sowie Sailer, BayVBl.74, 549 ff.
6) Vgl. Püttner, Unternehmen, S.160 f.
7) Das wurde bei der kommunalen Wohnungsvermittlung befürchtet, vgl. Günther, Die Demokratische Gemeinde, 1972, S.130.
8) Vgl. Bull, Staatsaufgaben, S.275 ff.
9) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.117.
10) Bull, Staatsaufgaben, S.276 f. m.w.N.

Wirtschaft frei gehaltene Raum ausreichend geschützt ist ¹¹⁾, für die Materie der Wohnungsvermittlung bedarf dieser Grundsatz schon deshalb einer erneuten Überprüfung, weil sie gesondert geregelt ist.

Ist von Voraussetzungen und Grenzen die Rede, so wird damit die doppelte Problematik der Fragestellung indiziert: Die Regelungsbefugnisse des Gesetzgebers wie auch die wirtschaftliche Intervention der öffentlichen Hand bewegen sich auf der "Grenzlinie zwischen verfassungslegitimer staatlicher Wirtschaftsteilnahme und grundrechtsbewehrtem Recht des privaten Wirtschaftssubjekts auf unternehmerische und berufliche Entfaltungsfreiheit" ¹²⁾.

Methodisch sind daher zwei Seiten zu beachten:

Einmal ist zu ermitteln, ob und welche Aufgaben der Staat an sich ziehen darf, wie weit - mit anderen Worten - seine objektiv-rechtliche Legitimation reicht; zum anderen ist zu fragen, ob trotz Bestehens einer prinzipiellen Legitimation die (konkrete) Betätigung wegen subjektiv-rechtlicher Positionen ausgeschlossen oder nur eingeschränkt zulässig ist. Zwar geht es hier um eine kommunale Betätigung, die der Gesetzgeber zugelassen hat; werden jedoch die Gemeinden - auch bei Erfüllung "eigener" Aufgaben - als Träger mittelbarer Staatsverwaltung angesehen ¹³⁾, so ist damit das grundsätzliche Verhältnis zwischen Staat und Privatwirtschaft angesprochen.

11) Vgl. dazu unten § 10.

12) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.112.

13) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.19 III, Rdnr.37; Bull, Staatsaufgaben, S.51.

§ 8 Legitimation des Gesetzgebers

I. "Neutralität" der Verfassung

Ausgangspunkt sei der Gedanke, daß Verfassungen "nicht nur Organisation und Willensbildung der Staatsorgane in ihren Grundzügen zu regeln haben, sondern ... auch aufgerufen sind, durch die Aufnahme von Grundrechten den Gesatzbereich menschlicher Belange zwischen Einflußsphäre des Staates und der Autonomiesphäre des Individuums aufzuteilen" ¹⁾.

Damit ist nicht nur die Bindung von Exekutive und Judikative an Grundrechte postuliert, sondern auch eine Begrenzung legislativer Gestaltung.

Noch die Weimarer Nationalversammlung ging davon aus, daß das Parlament als Volksvertretung die Grundrechte zwangsläufig wahren würde ²⁾.

Das GG bindet hingegen - anders als die Weimarer Verfassung - auch den Gesetzgeber an die Grundrechte (Art.1 Abs.3 GG), faßt einzelne Gesetzesvorbehalte deutlicher (z.B. Art.9 Abs.2, 11 Abs.2, 13 Abs.2 GG) und legt klar, daß "der Gesetzgeber selbst von den formell bestehenden Eingriffsmöglichkeiten nicht bedingungslos Gebrauch machen darf" ³⁾.

Ist der Gesetzgeber an die Grundrechte gebunden, so fragt sich, ob diese ein "Konzept" für das Ausmaß staatlicher Aufgabenerfüllung liefern, ob sie insbesondere eine klare Aussage über staatliche Wirtschaftsbetätigung treffen ⁴⁾.

1) Herzog, JuS 1969, S.398.

2) Ebenda.

3) Ebenda.

4) Stern-Burmeister, Sparkassen, §.118 ff., 126 ff.

Noch die Weimarer Verfassung bestimmte, daß die Ordnung des Wirtschaftslebens "den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle" entsprechen muß. "In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern." (Art.151 Abs.1 Weimarer Verfassung). Sie enthielt daneben im "Zweiten Hauptteil" ein vielgestaltiges Programm für die staats- und gesellschaftsgestaltende Tätigkeit der obersten Verfassungsorgane ⁵⁾.

Auf ein ähnliches Programm verzichtete das GG ⁶⁾. Vielmehr schweigt die Verfassung bewußt, um keinen Vorgriff auf unabsehbare Entwicklungen zu nehmen ⁷⁾. So werden heute auch durchweg die Versuche abgelehnt, aus den auf den Wirtschaftsbereich bezogenen Grundrechten ein bestimmtes Wirtschaftssystem zu entwickeln ⁸⁾.

Das GG hat sich weder zur "reinen Marktwirtschaft" noch zu einer "Zentralverwaltungswirtschaft" bekannt ⁹⁾, sondern wahrt nach heute überwiegender Ansicht in Lehre ¹⁰⁾ und Rechtsprechung ¹¹⁾ wirtschaftspolitische Neutralität ¹²⁾ zwischen diesen beiden Polen. So wurde insbesondere der Ver-

5) Herzog, JuS 1969, S.389.

6) Vgl. aber die Art.151 bis 157 BayVerf.

7) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.118.

8) Vgl. Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S.7 ff.; H.H.Klein, Teilnahme, S.98 ff.; Püttner, Unternehmen, S.150 f.; sowie die weiteren Nachweise unten, Fußnoten 10-11.

9) Bull, Staatsaufgaben, S.261 m.w.N.

10) Huber, DÖV 1956, S.97 ff.; H.H.Klein, Teilnahme, S.118; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.4 f.; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.114 m.w.N.; Bull, Staatsaufgaben, S.261 f.; Herzog, JuS 1969, S.398 f.; Püttner, Unternehmen, S.151.

11) BVerfGE 7 ff. (Investitionshilfe); 7, 377 ff.; 12, 341 ff.; 11, 19; 14, 263 ff.; BVerwGE 17, 306.

12) Bull, Staatsaufgaben, S.262; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.114, sowie Fußnote 10.

such abgelehnt ¹³⁾, aus der Verfassung ein Bekenntnis zur "sozialen Marktwirtschaft" ¹⁴⁾ zu entnehmen, weil das GG derartige Interpretationen nicht zuläßt ¹⁵⁾.

Die nachfolgende Darstellung der heute vorherrschenden Grundrechtsinterpretation wird unter anderem versuchen, dies zu verdeutlichen ¹⁶⁾.

Auf dieser Grundlage scheint es berechtigt, die Existenz einer "Wirtschaftsverfassung" ¹⁷⁾ in unserem Verfassungssystem anzuzweifeln ¹⁸⁾. Zwar darf man nicht verkennen, daß die Verfassung bestimmte "Eckpfeiler" ¹⁹⁾ wirtschaftlicher Relevanz enthält (so z.B. die Art. 2, 12, 14, 15, 20, 28, 105, 110 GG). Gleichwohl verzichtet die herrschende Meinung darauf, sich auf eine "Wirtschaftsverfassung" festzulegen, sondern begreift diese lediglich als Summe der für die Wirtschaft grundlegenden Normen ²⁰⁾. Damit ist eine (unerwünschte) verfassungsrechtliche Fixierung nationalökonomischer Theorien ²¹⁾ nicht möglich, freilich um den Preis des Verzichts auf einen "Leitstern", der das Wirtschaftsleben lenkt und begleitet, der - um im Bild zu bleiben - über dem Gesamtwerk "schwebt" ²²⁾.

So ist das GG "in dem Sinne wirtschaftspolitisch neutral, daß der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen darf, sofern er dabei das GG, insbesondere die Grundrecht, beachtet" ²³⁾.

13) Nachweise bei Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.4 (Fußnote 18); ferner bei Stern-Burmeister, Sparkassen, S.114 (Fußnote 39); vgl. auch Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S.18 ff.

14) So Nipperdey, Soziale Marktwirtschaft, als Exponent dieser Richtung.

15) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.118 m.w.N.

16) Vgl. im Folgenden unter § 10.

17) Vgl. Huber, DÖV 1956, S.97 ff., 135 ff., 172 ff., 200 ff. ("Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht").

18) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.2 f.; Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S.7 ff.

19) Herzog, JuS 1969, S.399.

20) Vgl. Badura, Verwaltungsmonopol, S.316 f.; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.5.

21) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.3/4.

22) Herzog, JuS 1969, S.398.

23) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.114; BVerfGE 7, 377 (400).

War die Weimarer Verfassung ein Programm für die Entfaltung politischer Führungsorgane, so ist das GG "ein Gesetz" ²⁴⁾, das den verfassungsrechtlichen Organen prinzipiell alle Wege offen läßt.

II. Gesetzgeber und öffentliche Aufgaben

Obwohl die Verfassung weder Legitimationsgrenze noch Funktionsabgrenzung klar konzipiert, wird versucht, "verfassungsimmanente Kautelen für die Befugnis und das Maß staatlicher Ingerenz und Intervention in wirtschaftlichen Bereichen zu entwickeln" ²⁵⁾.

Es wurde schon in der Vergangenheit auf "öffentliche Zwecke", "gemeines Bestes", "öffentliches Wohl", "öffentliches Gemeinwohl" und ähnliche Begriffe abgestellt, um herrscherliche Tätigkeit Zielen und Bindungen zu unterstellen ²⁶⁾.

Auch aus der geltenden Verfassungsordnung wird die "Begrenzung aller staatlichen Tätigkeit auf das Gemeinwohl als Staatszweck (oder 'öffentlichen Zweck') entwickelt" ²⁷⁾, bzw. festgestellt, daß nur das Vorhandensein einer öffentlichen Aufgabe die staatliche Wahrnehmung einer Funktion rechtfertigt ²⁸⁾.

Was legitime Staatsaufgaben sind, wie das Öffentliche zu begreifen ist, und wodurch öffentliche Aufgaben gekennzeichnet werden können, ist nicht nur in der Rechtsprechung ²⁹⁾, sondern auch in der Lehre ³⁰⁾ ständiger ³¹⁾ Diskussion

24) Herzog, JuS 1969, S.398.

25) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.118.

26) Vgl. Bull, Staatsaufgaben, S.20 ff. mit weiteren Nachweisen.

27) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.175; Püttner, Unternehmen, S.200; Bettermann, Gewerbefreiheit, S.23.

28) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.119; BVerfGE 10,89; 10, 354 (363); 11, 105 (126); 12, 319 (323); 21,326 (375).

29) Vgl. dazu vorige Fußnote sowie BVerfGE 7,377 (405); 21, 245 (Arbeitsvermittlung); BVerwG BayVB1.73, 49 ff.

30) Bull, Staatsaufgaben, S.99 ff. und passim; Rinken, Das Öffentliche, S.101 ff.; H.H.Klein, DÖV 65, S.757; Lerche, Kabelfernsehen, S.117.

unterworfen.

Auf Einzelheiten der Staatsaufgabenlehre soll hier nicht eingegangen werden ³²⁾.

Hier ist vielmehr zunächst nur zu umreißen, inwieweit das Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe die gesetzgeberische Legitimation zu begrenzen vermag, und sodann zu fragen, welche Folgerungen sich daraus für die gesetzliche Zulassung kommunaler Wohnungsvermittlung ergeben ³³⁾.

Begreift man öffentliche Aufgaben als Legitimationsgrund für den Gesetzgeber ³⁴⁾, so stellt sich die Frage nach der rechtlichen Bedeutung und Tragweite dieses Begriffs: Was kennzeichnet eine Aufgabe als öffentlich, welche Merkmale lassen eine Aufgabe als "rechtlich-öffentlich" ³⁵⁾ erscheinen?

Manche Aufgaben werden aus ihrer Natur heraus als "originäre" öffentliche Aufgaben ³⁶⁾, bzw. als "eigentliche Hoheitsfunktionen" ³⁷⁾ angesehen.

Damit sind sie aber noch nicht "öffentlich" im Rechtssinne. Sogenannte "typische" oder auch notwendig-öffentliche Aufgaben ³⁸⁾ müssen ihrer Natur nicht auch gleichzeitig legitime Staatsaufgaben sein. Allein ihr innerer Charakter läßt keine zwingenden Schlüsse zu.

-
- 31) Hingegen ist die Lehre von den "Staatszwecken", die mit den Staatsaufgaben eigentlich eng verwandt sind, in der neuen Literatur in den Hintergrund getreten, vgl. Bull, Staatsaufgaben, S.29 sowie Püttner, Unternehmen, S.201, der diese Entwicklung bedauert.
- 32) Dazu insbesondere Bull, Staatsaufgaben.
- 33) Vgl. unten.
- 34) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.118 ff.
- 35) Lerche, Kabelfernsehen, S.117.
- 36) Zusammenstellung bei Bull, Staatsaufgaben, S.99 f. mit zahlreichen Nachweisen.
- 37) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.59.
- 38) Über die "Notwendigkeit" als unzureichendes (überpositives) Kriterium vgl. Bull, Staatsaufgaben, S.103 ff. mit weiteren Nachweisen.

So ist z.B. denkbar, daß die Aufgaben des Militärs durch private Söldnerheere durchgeführt werden ³⁹⁾, oder daß die "öffentliche" Wohlfahrt von privaten Wohlfahrtsverbänden besorgt wird ⁴⁰⁾.

Solche und ähnliche Aufgaben ⁴¹⁾ beziehen sich zunächst nur insoweit auf die Öffentlichkeit, als sie von allgemeinem Interesse sind; sie werden von Staatsorganen und Bürgern als "öffentlich" empfunden ⁴²⁾.

Damit ist gesagt, daß der Charakter einer Aufgabe als "öffentlich" zunächst nur soziologisch greifbar ist ⁴³⁾.

Wohl ist zuzugeben, "daß die Zuordnung zum staatlichen oder privaten Bereich bei manchen Aufgaben und ihren Ausführungsmaßnahmen besonders leicht und eindeutig geschehen kann" ⁴⁴⁾. Der geschichtlichen Entwicklung mag insoweit eine erhebliche Rolle zukommen; sie kann aus der Rechtsprechung des BVerfG ⁴⁵⁾ als Argumentationshilfe nicht mehr weggedacht werden. Es gibt aber auch Materien, deren privatrechtliche Züge nicht auf Grund historischer Entwicklung in den Hintergrund getreten sind ⁴⁶⁾, Materien, die auch nicht nach allgemeiner Empfindung "notwendig" ⁴⁷⁾ staatliche Betätigung erfordern.

39) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.59.

40) Rinken, Das Öffentliche, S.47 ff., weitere Beispiele (Tarifautonomie der Gewerkschaften, Schiedsgerichtsbarkeit, Gefahrenabwehr, Strafvollzug u.a.) bei Bull, Staatsaufgaben, S.100.

41) Bull, Staatsaufgaben, S.99 ff.

42) Bull, Staatsaufgaben, S.105.

43) Lerche, Kabelfernsehen, S.177; so wird auch erklärlich, daß sich die neuere Lehre neben dem Dualismus von öffentlichem und privatem Recht dem weiteren Bereich des Öffentlichen widmet; Nachweise bei Rinken, Das Öffentliche, S.101 ff. (105).

44) Bull, Staatsaufgaben, S.102.

45) Vgl. BVerfGE 1, 264 ff. (Kehrmonopol) sowie Fußnoten 28 und 29.

46) BVerfGE 1, 264 ff.; dazu Badura, Verwaltungsmonopol, S.118.

47) Bull, Staatsaufgaben, S.103.

Solche Materien rechtlich zuzuordnen ist nicht nur schwierig, sondern unmöglich; eine Zuordnung wäre hauptsächlich auf ideologische Argumente angewiesen. "Öffentliche" Aufgaben können gerade in diesen weniger eindeutigen Bereichen vom Staat und/oder von Privaten erfüllt werden ⁴⁸⁾.

Soll die Verfassung unter anderem auch den Gesamtbereich menschlicher Belange zwischen Einflußsphäre des Staates und der Autonomiesphäre des Individuums aufteilen ⁴⁹⁾, so kann die öffentliche Aufgabe in ihrer rechtlichen Bedeutung für Gesetzgeber und staatlichen Tätigkeitsbereich auch nur aus der Verfassung ermittelt werden ⁵⁰⁾.

Dies muß umso mehr deshalb erfolgen, weil ein nicht näher bestimmter Begriff einer öffentlichen Aufgabe allzu leicht die Funktion einer "freiheitsmindernden Disziplinierung" ⁵¹⁾ übernehmen kann. Die bloße Bezeichnung einer Aufgabe als öffentlich reicht weder aus, Privaten ihre Erwerbschance ohne nähere Prüfung zu entziehen, noch dazu, das Risiko unternehmerischer Tätigkeit auf die Allgemeinheit abzuwälzen ⁵²⁾ ..

Die Verfassung legt den Bereich von Aufgaben nicht abschließend fest, dem sich der Staat legitimerweise widmen darf ⁵³⁾.

48) Rinken, Das Öffentliche, S.104 mit Hinweis auf die 5 Stadien der Erledigung öffentlicher Aufgaben, wie sie dargestellt sind bei Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, S.877, 881 f.

49) Herzog, JuS 1969, S.398.

50) Rinken, Das Öffentliche, S.104; Bull, Staatsaufgaben, S.99 ff.

51) Rinken, Das Öffentliche, S.103.

52) Bull, Staatsaufgaben, S.49 mit Kritik an BVerfGE 17,371; 17,232,239; 9,338,347 (Hebammen als Subjekte staatlicher Daseinsvorsorge).

53) Daß insbesondere durch Interpretation der Grundrechte und des Sozialstaatsprinzips Verpflichtungen des Staates erwachsen können, ist eine andere Frage. Vgl. dazu BVerfGE 1,159; BVerwG DVBl.1956, S.232; BGHZ 25,231 (235); ferner Bull, Staatsaufgaben, S.163 ff., 167 ff.

Sie enthält insbesondere keinen Katalog "öffentlicher" Aufgaben, der geeignet wäre, eine prinzipielle Legitimation zu beschränken. Die nachträglich in das GG eingefügten Bestimmungen zur Wiederbewaffnung, Notstandsvorsorge, Wirtschaftslenkung, Bildungsplanung und zu Gemeinschaftsaufgaben⁵⁴⁾ legen zwar Aufgabenbereiche fest und sind insoweit auch Legitimationsgrundlage, sagen aber nichts über eine grundsätzliche Legitimation auf anderen Gebieten aus.

Auch die Grundrechte beeinflussen eine prinzipielle Legitimation nicht; sie beschränken zwar das staatliche Aktionsfeld, setzen aber gerade eine Legitimation voraus⁵⁵⁾.

Das Sozialstaatsprinzip⁵⁶⁾, mitunter als "Leerformel"⁵⁷⁾ oder "schmales Bekenntnis"⁵⁸⁾ bezeichnet, weist zwar eine Richtung⁵⁹⁾, setzt aber ebenfalls eine staatliche Gestaltung voraus. Es mußte erst mit konkretem Inhalt gefüllt werden⁶⁰⁾ und wird auch in Zukunft der Konkretisierung bedürfen. Es scheint zwar zunächst so, als ob aus dem Sozialstaatsprinzip das Verbot sozialwidriger Betätigung unmittelbar entnommen werden kann, sich somit von einer Legitimationsgrenze sprechen läßt. Ein überspitztes Beispiel: Sozialstaatswidrig schiene es, wenn der Gesetzgeber unter "Ausbeutung" einer breiten Mehrheit einigen wenigen zu Reichtum und Wohlstand verhelfen würde.

54) Bull, Staatsaufgaben, S.115 und vor allem S.149 ff.

55) Dazu noch unten, § 10.

56) Zu seinem Inhalt vor allem Bull, Staatsaufgaben, S.167 ff.

57) Püttner, Unternehmen, S.

58) Herzog, JuS 1969, S.398.

59) Forsthoff, VVDStRL 12, S.27; Bachof, VVDStRL 12, S.39; BVerfGE 1,97; BayVerfGH DVBL. 1962, S.638; Lerche, Übermaß, S.231; Herbig, Einrichtungen, S.182.

60) Herzog, JuS 1969, S.398 ff.; eingehend Bull, Staatsaufgaben, S.167 ff.

Damit ist aber der Bereich der Grundrechte angesprochen (einschlägig wären unter anderem die Art.1 Abs.1, 2 Abs.1, 3 Abs.1, 12 und 14 GG). Eine Lösung könnte nicht aus dem Sozialstaatsprinzip allein ermittelt werden, sondern müßte von subjektiv-rechtlichen Positionen ausgehen, die vom Sozialstaatsprinzip bestimmt werden, wie diese ihrerseits auch die sozialstaatliche Gestaltung mitbestimmen ⁶¹⁾.

Daraus kann aber wieder nur gefolgert werden, daß das Sozialstaatsprinzip als solches über eine grundsätzliche Befugnis nichts aussagt, sondern sich nur über die Grundrechte als Grenze einer an sich bestehenden Befugnis auswirken kann ⁶²⁾.

Wurde oben schon die wirtschaftspolitische Neutralität der Verfassung festgestellt ⁶³⁾, so ist jetzt zu bemerken, daß die Verfassung als "normatives Zentrum des Öffentlichen", als "dynamische Öffentlichkeitsordnung" ⁶⁴⁾ zu verstehen ist; sie ist organisatorische Basis, "Rechts-erzeugungsquelle" ⁶⁵⁾.

Die Verfassung eröffnet ein sehr breites Spektrum von Aufgaben, die dem privaten oder dem öffentlichen Bereich zugeordnet werden können, nicht aber bereits verfassungsrechtlich zugeordnet sind. In diesem Bereich hat der Gesetzgeber ein sehr weites Gestaltungsermessen ⁶⁶⁾. Er kann eine bestimmte Aufgabe zur "Öffentlichen" machen; er kann sie öffentlich-rechtlich ausgestalten ⁶⁷⁾, er kann

61) Bull, Staatsaufgaben, S.167.

62) Dazu noch unten, § 10.

63) Unter § 8 I.

64) Rinken, Das Öffentliche, S.329.

65) Bull, Staatsaufgaben, S.127.

66) Vgl. BVerfGE 10, 89; 10, 354; 11, 105; 21, 362; 25, 1 (12 ff.), vgl. auch Bull, Staatsaufgaben, S.128; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.124.

67) Wie z.B. die Arbeitsvermittlung, vgl. schon oben, § 7 Fußn.2.

sie aber auch neben privater Erledigung insgesamt oder in einem Ausschnitt dem kommunalen Betätigungsfeld eröffnen, indem er die Grenzen kommunaler Betätigung erweitert.

Es ist also nicht so, daß vorgegebene, überpositive oder als "Öffentlich" empfundene Aufgaben den Gesetzgeber legitimieren; vielmehr ist es gerade umgekehrt: Die - an sich offene - ⁶⁸⁾ Verfassung legitimiert den Gesetzgeber zu bestimmen, was öffentliche Aufgaben sind. Eine Aufgabe ist damit erst "Öffentlich" im Rechtssinn, wenn sie staatlich sanktioniert ist. Es bedarf dazu einer "rechtsverbindlichen und rechtserheblichen Entscheidung" ⁶⁹⁾. Erst wenn eine solche getroffen ist ⁷⁰⁾, kann eine öffentliche Aufgabe vorliegen, die ihrerseits Legitimationsgrund für die jeweilige konkrete Betätigung der öffentlichen Hand sein kann, indem sie legitime "Öffentliche Zwecke" statuiert.

Die Notwendigkeit einer Rechtsentscheidung ergibt sich aus dem Bekenntnis zur "Rationalität" ⁷¹⁾, zur Demokratie und zum Rechtsstaat ⁷²⁾. Welche formalen Anforderungen an sie zu stellen sind, braucht hier nicht weiter verfolgt zu werden, da die kommunale Wohnungsvermittlung durch Gesetz im formellen Sinn zugelassen wurde.

68) Bull, Staatsaufgaben, S.369.

69) Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S.120; Brohm, Strukturen, S.161; ferner H.H.Klein, DÖV 1965, S.758; Lerche, Kabelfernsehen, S.177; wohl auch Püttner, Unternehmen, S.191 ff.

70) Über die Rechtsnatur vgl. Bull, Staatsaufgaben, S.122 ff.

71) Bull, Staatsaufgaben, S.106 ff.

72) Ausführlich Püttner, Unternehmen, S.191 ff.

Insoweit sei auf die Darstellungen bei Püttner ⁷³⁾ und Bull ⁷⁴⁾ verwiesen.

Wurde die öffentliche Aufgabe in ihrer rechtlichen Bedeutung umrissen, so ergibt sich aus den dabei angebotenen Kriterien weiterhin, daß sie gleichzusetzen ist mit staatlicher Aufgabe (im weiteren Sinn).

Als staatlich im weiteren Sinn kann eine Aufgabe bezeichnet werden, die dem Staat und den Trägern mittelbarer Staatsgewalt zugeordnet ist. Die öffentliche Aufgabe wird davon verschiedentlich getrennt ⁷⁵⁾. Die öffentliche Aufgabe als rechtliche Kategorie setzt aber gerade eine Zuordnung zu staatlichen Rechtssubjekten voraus. Fehlt einer Aufgabe eine solche Zuordnung, so "ist die Verwendung des Begriffs der öffentlichen Aufgaben überhaupt nicht angebracht" ⁷⁶⁾. Es handelt sich dann um eine nur "gesellschaftliche" ⁷⁷⁾ oder - wenn man eine Zielvorstellung ausdrücken will - um eine noch-nicht-öffentliche Aufgabe.

III. Wohnungsvermittlung als öffentliche Aufgabe

Die angebotene Konzeption erlaubt erste Rückschlüsse auf die Regelung der Wohnungsvermittlung, insbesondere auf Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO ⁷⁸⁾.

Wurde einerseits oben festgestellt ⁷⁹⁾, daß die Wohnungsvermittlung in einem tatbestandlichen Ausschnitt eine (bindende) soziale Aufgabe ist, so sei hier ergänzt, daß durch das WohnBindG und die LWO "rechtserhebliche und rechtsverbindliche" ⁸⁰⁾ Entscheidungen des Gesetzgebers vorliegen;

73) Ebenda.

74) Staatsaufgaben, S.118 ff.

75) Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, S.877; vgl. auch H.H.Klein, DÖV 1965, S.758 f.

76) Bull, Staatsaufgaben, S.48/49.

77) Ebenda.

78) Dazu oben, § 4 II.

79) Vgl. unter § 5.

80) Oben, Fußnote 69.

insoweit ist die Wohnungsvermittlung als öffentliche Aufgabe sanktioniert.

Andererseits hat der Gesetzgeber darüber hinaus unter den Voraussetzungen des Art.89 Abs.3 Satz 3 die Vermittlung zugelassen, ohne sie an subjektive oder objektbezogene Merkmale zu knüpfen ⁸¹⁾.

Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß "in Gemeinden, in denen die Versorgung der Bevölkerung mit Wohnraum zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist", die (generelle) Wohnungsvermittlung im Lichte eines speziellen öffentlichen Zwecks erscheint.

Der Zweck wird bestimmt durch die Zulässigkeitsvoraussetzungen: Vom Gesetzgeber wurde es zur öffentlichen Aufgabe (im rechtlichen Sinn) gemacht, die Versorgung der Bevölkerung in "gefährdeten" Gemeinden zu gewährleisten, die privatwirtschaftliche Versorgung durch kommunale Betätigung zu ergänzen.

Daran hat sich die kommunale Wohnungsvermittlung zu orientieren. Der öffentliche Zweck der Wohnungsvermittlung ergibt sich somit aus dem besonderen Umstand einer objektiven Gefährdungslage.

Ob die Wohnungsvermittlung de facto das am besten geeignete Mittel ist, mag dahinstehen. Man könnte behaupten, daß die Versorgung der Bevölkerung nicht mangels ausreichender Vermittlung gefährdet ist, sondern weil es an preisgerechtem Wohnraum fehlt ⁸²⁾.

81) Vgl. oben, § 4 II.

82) So z.B. Sailer, BayVBl. 1974, S.549 f., der dort u.a. seine Tatsachenbeurteilung veröffentlicht; der Verfasser vertritt eine Immobilienfirma, die gegen die Stadt München Unterlassungsklage erhoben hat.

Die Mietpreisentwicklung berechtigt nicht ohne weiteres zu der Annahme, daß der Bedarf für Wohnungsvermittlung (generell) vorhanden ist. Zwar hat eine Verbreiterung des Angebots- und Nachfragespektrums eventuell Einfluß auf die Mietpreise⁸³⁾. Letztlich hängen die Mietpreise aber von den Bodenpreisen und von der Bauwirtschaft ab. Ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Vermittlung und Mietpreisbildung kann nicht konstruiert werden. Der Einfluß der Vermittlertätigkeit auf die Preisentwicklung ist weder steigernd noch senkend, sondern allenfalls ausgleichend⁸⁴⁾.

Tatsächlich stehen gerade in Ballungsgebieten zahlreiche Wohnungen leer⁸⁵⁾, nicht etwa, weil sie nicht angeboten oder "vermittelt" werden, sondern weil sich wegen überhöhter Preise keine Mieter finden lassen. Schließlich könnte behauptet werden, daß Wohnungssuchende, die nicht unter faktischen oder finanziellen Schwierigkeiten leiden, an die nach Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO aber gleichwohl vermittelt werden kann, keine Unterversorgung befürchten müssen.

Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Wohnungsvermittlung ungeeignet ist, der Gefährdung entgegenzuwirken. Sie kann als "flankierende" Maßnahme⁸⁶⁾ dazu dienen, die Markttransparenz gerade in gefährdeten Gebieten zu erhöhen;

83) Daß private Makler die Mietpreise in die Höhe treiben, ist sehr kühn geschlossen, vgl. dazu Günther, Die Demokratische Gemeinde 1972, S.130.

84) Auch die Makler sind interessiert an einer Vielzahl von Abschlüssen, was wohl aber dazu führt, günstige Wohnungen anzubieten, um die Konkurrenz zu schlagen. Insoweit liegt der Gedanke nahe, daß sie sogar preishemmend wirken.

85) In München (nach Angaben von Sailer, BayVBl. 1974, 550) stehen derzeit 10.000 Wohnungen leer.

86) Stenographische Berichte BayLT '7/34, S.1759 f.

sie ist auch geeignet, durch entsprechende Preisgestaltung⁸⁷⁾ eine günstige Alternative zu privaten Maklern zu bieten und auf diese Weise der gefährdeten Versorgung entgegenzuwirken. Daß die mit der Regelung insgesamt verfolgten sozialstaatlichen und wirtschaftspolitischen Zwecke⁸⁸⁾ nicht immer tatsächlich erreicht werden, ändert daran nichts.

Dem Gesetzgeber stehen fast immer sehr viele Mittel und Wege zur Verfügung und Auswahl. Es kann ihm nicht die Befugnis abgesprochen werden, unter mehreren geeigneten Mitteln nach seinem Ermessen eines auszuwählen⁸⁹⁾.

Als Ausdruck besonderer sozialstaatlicher Zielsetzung⁹⁰⁾ können in diesem Zusammenhang die Art.106 und 125 Abs.3 BayVerf nicht unerwähnt bleiben. Es gehört zu den - auch und vor allem nach bayerischem Verfassungsrecht - legitimen Zielen der Sozialstaatlichkeit, jedermann angemessenen Wohnraum zu verschaffen⁹¹⁾.

Mag damit in erster Linie der Bau "billiger Volkswohnungen"⁹²⁾ gemeint sein, so kann gleichwohl auch der Nachweis von Wohnraum darunter verstanden werden.

Auch unter diesem Aspekt kann der Gesetzgeber die "besondere Gefährdung der Versorgung :. mit Wohnraum .." als sozialstaatlich relevanten Tatbestand aufgreifen, um von ihm eine wirtschaftliche Agenda der Gemeinden abhängig zu machen.

87) Dazu aber unten, § 10.

88) Allgemein dazu Püttner, Unternehmen, S.86 ff.

89) Vgl. unten.

90) Zur Sozialstaatsklausel als Staatszielbestimmung vgl. Forsthoff, VVDStRL 12, S.27; Herbig, Einrichtungen, S.182.

91) Dazu allgemein Bull, Staatsaufgaben, S.242 f.

92) Art.106 Abs.2 BayVerf.

Erweist es sich, daß der Gesetzgeber legitimiert ist, nach seinem Ermessen öffentliche Aufgaben zu bestimmen und - gegebenenfalls *uno actu* - wirtschaftliche Intervention zuzulassen, so ist es gleichwohl verfehlt, auf der Grundlage des Verfassungsrechts von einem "an sich omnipotenten" Gesetzgeber zu sprechen ⁹³⁾. "Die grundsätzliche Bewegungsweite des Gesetzgebers in der Bestimmung von Angelegenheiten als öffentliche Aufgaben ist" - wie zu Recht festgestellt wird - "keinesfalls identisch mit einem totalen Freibrief zur Ausdehnung staatlicher Kompetenzen auf immer neue Bereiche des gesellschaftlichen Lebens und zur Okkupation neuer Entfaltungsräume" ⁹⁴⁾.

Vielmehr entfalten auch und gerade die durch die Grundrechte geschützten subjektiv-rechtlichen Positionen eine Sperrwirkung, die das Ermessen des Gesetzgebers beschränken kann.

Weiterhin wird zur prinzipiellen Beschränkung des staatlichen Betätigungsfeldes das allgemeine Prinzip der Subsidiarität angeboten ⁹⁵⁾.

Die nachfolgende Erörterung wird sich daher zunächst dem (umfassenderen) Subsidiaritätsprinzip zuwenden, um sodann die grundrechtlichen Probleme zu behandeln.

93) Martens, Das Öffentliche, S.119; vgl. auch Bull, Staatsaufgaben, S.90 ff.

94) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.126.

95) Dazu vor allem Küchenhoff, Gutachten, S.7 ff., der (allein) aus dem Subsidiaritätsprinzip die Unzulässigkeit kommunaler Wohnungsvermittlung folgert.

§ 9 Das Subsidiaritätsprinzip

I. Inhalt

Das Subsidiaritätsprinzip geht auf die katholische Sozialphilosophie zurück, von der es als naturrechtliche Norm gewertet wird ¹⁾.

Leitgedanken sind "Selbstbestimmung, Selbstverwirklichung und Selbstverantwortlichkeit des Menschen" ²⁾. Versteht man das Subsidiaritätsprinzip zunächst (wenigstens) als politische Idee ³⁾, so läßt sich aus ihm die Forderung ableiten, der einzelne solle das Recht zur Selbsthilfe haben. Wirkliche Freiheit verlangt danach, daß der einzelne sein Dasein selbst gestalten kann und für daraus sich ergebende Aufgaben primär zuständig ist ⁴⁾.

Freilich läßt sich ebenso eine Selbsthilfepflicht aus dem Subsidiaritätsprinzip herleiten ⁵⁾, die notwendigerweise zur Folge hat, daß übergeordnete Einheiten (insbes. Gemeinden und Staat) erst einzugreifen brauchen, wenn die privaten Einheiten daseinsnotwendige Aufgaben nicht mehr selbst erfüllen können ⁶⁾.

Von Interesse für die vorliegende Untersuchung ist der sogenannte Funktionsvorrang ⁷⁾, der eine Seite des Subsidiaritätsprinzips konkretisiert ⁸⁾.

1) Peters, AfK 1967, S.5; v.Nell-Breuning, Subsidiaritätsprinzip, Sp.826, mit Auszügen der Enzyklika "Quadragesimo Anno"; Kalkbrenner, Subsidiaritätsprinzip, S.510 f.; Korte, VerArch 1970, S.12.

2) Kalkbrenner, Subsidiaritätsprinzip, S.580.

3) Peters, AfK 1967, S.5 ff.

4) Küchenhoff, Staatsverfassung und Subsidiarität, S.89.

5) Peters, AfK 1967, S.6.

6) v.Münch, JZ 60, 304.

7) H.J.Wolff, VR III, S.167; vgl. auch Stern-Burmeister, Sparkassen, S.151, die von einer "Funktionssperre" sprechen.

8) Zum gegenwärtigen Stand der Lehre nehmen Stern-Burmeister, Sparkassen, S.148 ff. ausführlich Stellung. Auf Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden, da nur die begrenzende Funktion des Subsidiaritätsprinzips relevant werden könnte.

Er besagt, daß "der Staat und andere Träger öffentlicher Verwaltung zivilen Personen oder Organisationen sowie niederen Trägern öffentlicher Verwaltung nur diejenigen Interessenverfolgung^{en} entziehen dürfen, die ihnen nicht ohne überwiegenden Nachteil für die Gesamtheit und deren Glieder überlassen bleiben können" ⁹⁾. Damit ist behauptet, daß der Staat nur als eine Art letzte Instanz tätig werden darf, wenn alle anderen Mittel versagen ¹⁰⁾. Mit Hilfe des so verstandenen Subsidiaritätsprinzips läßt sich vor allem auch eine Begrenzung der wirtschaftlichen Tätigkeit aller Träger öffentlicher Gewalt postulieren ¹¹⁾. Behauptet man, daß die Funktion des Subsidiaritätsprinzips darin bestehe, nach dem "Gesetz der Nähe" ¹²⁾ Aufgabenzuständigkeiten zu verteilen ¹³⁾, so läßt sich unschwer auch eine Sperrwirkung gegen Neuerrichtung und Erweiterung öffentlicher Unternehmen auf Kosten vorhandener und ausreichender Einrichtungen der Privatwirtschaft folgern ¹⁴⁾.

II. Subsidiaritätsprinzip und Wohnungsvermittlung

Der "Handlungsvorrang" des einzelnen Menschen vor übergeordneten Rechtsinstitutionen ¹⁵⁾ hat in § 67 DGO und dessen Nachfolgebestimmungen eine gewisse Ausprägung gefunden. Art.89 Abs.1 Ziff.3 BayGO enthält gegenüber den Gemeindeordnungen der übrigen Bundesländer ¹⁶⁾ eine

9) H.J.Wolff, VR III, S.167.

10) H.H.Klein, Teilnahme, S.160.

11) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.2, RdNr. 48 ff.; Ipsen, NJW 63, 2102 ff., 2108; H.H.Klein, Teilnahme, S.160 mit weiteren Nachweisen (Fußn.9).

12) Küchenhoff, Staatsverfassung und Subsidiarität, S.76.

13) Kalkbrenner, Subsidiaritätsprinzip, S.521.

14) Ipsen, NJW 63, 2108.

15) Küchenhoff, Gutachten, S.12.

16) Vgl. Surén, Gemeindewirtschaftsrecht, S.158 ff.; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.174.

zusätzliche Verschärfung der Nachrangigkeit. Wirtschaftliche Unternehmen dürfen danach nur errichtet werden, wenn der verfolgte Zweck nicht "ebenso gut und wirtschaftlich" durch private Unternehmer erfüllt werden kann.

Es ist allerdings zweifelhaft, ob diese Bestimmung überhaupt als "adäquater Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips"¹⁷⁾ gewertet werden darf.

An Argumenten gegen eine solche Annahme ließe sich zunächst ins Feld führen, daß nur die Sperrfunktion, nicht aber auch die (subsidiäre) Handlungspflicht der Gemeinden als der "höheren" Einheit ausgedrückt wird, obwohl diese ebenfalls wesentlicher Inhalt des Subsidiaritätsprinzips ist¹⁸⁾. Ferner dienen die Beschränkungen der Kommunalwirtschaft nicht nur dem Konkurrentenschutz, sondern auch dem Schutz der Gemeinden selbst. Die Nachrangigkeit gemeindlicher Unternehmen dient sogar primär dazu, das Risiko gemeindlicher Wirtschaftsbe-
tätigung zu beschränken¹⁹⁾. Ein Wettbewerb mit privaten Konkurrenten wird sich regelmäßig dann nachteilig für die Gemeinden auswirken, wenn jene die Bedarfsdeckung "ebenso gut" oder gar "besser" herbeiführen können. Bei äquivalenten Ausgangspositionen ist die Chance privater Konkurrenten schon deshalb größer, weil sie im Gegensatz zu den Gemeinden ihre weitaus größere Flexibilität zu ihren Gunsten ausspielen können. Unter diesen Voraussetzungen müßte eine Umklammerung²⁰⁾ im Wettbewerb für die Gemeinden erdrückend sein.

17) H.H.Klein, Teilnahme, S.178; 76 ff.; vgl. auch Stern-Burmeister, Sparkassen, S.163 ff.; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.78; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.2, Rdnr.52; Ipsen, NJW 63, 2054; Kalkbrenner, Subsidiaritätsprinzip, S.529; Gönnerwein, Gemeinderecht, S.47.

18) v.Münch, JZ 60, 304.

19) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.166 f.; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.78.

20) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.168 mit Hinweis auf Isensee, Subsidiaritätsprinzip, S.80.

Schließlich erfährt die Beschränkung ihren Sinn darin, daß die Bürgernähe kommunaler Wirtschaftsbetätigung konkrete Beeinträchtigung privater Interessen eher zur Folge haben kann als die wirtschaftliche Intervention des entfernter stehenden Staates ²¹⁾. Damit ermöglicht die Beschränkung eine effektivere Berücksichtigung und Abwägung grundrechtlicher Belange mit Hilfe erkennbarer Kriterien.

Art.89 Abs.1 BayGO rückt zwar in einen äußeren Zusammenhang mit Teilaspekten des Subsidiaritätsprinzips, läßt aber auch Raum für eine Fortentwicklung in Richtung auf eine stärkere ²²⁾ oder schwächere Hervorhebung des Subsidiaritätsgedankens.

Eine "normative Verwirklichung des allgemein gültigen Rechtsprinzips der Subsidiarität" ²³⁾ stellen § 67 DGO und seine Nachfolgebestimmungen nicht dar ²⁴⁾, wenn auch - das soll nicht verkannt werden - Teilaspekte des Subsidiaritätsgedankens den Vorschriften zugrundeliegen.

Für die kommunale Wohnungsvermittlung in Bayern sind diese Feststellungen indessen nicht unmittelbar relevant.

Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO verdrängt als Sonderregelung die allgemeinen Beschränkungen des Art.89 ²⁵⁾. Damit verbietet sich ein Rückgriff auf die allgemeinen Beschränkungen.

Das Subsidiaritätsprinzip kann folglich nur dann für die kommunale Wohnungsvermittlung in Bayern von Bedeutung sein, wenn es über die kommunalrechtliche (partielle) Normierung hinaus allgemein verbindlich ist.

21) H.H.Klein, Teilnahme, S.178.

22) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.168.

23) Dieselben, aaO., S.169.

24) Ebenso H.H.Klein, Teilnahme, S.178; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.78; Scholz, Einrichtungen, S.46 f.

25) Vgl. schon oben, § 4 II.

III. Rechtsnatur und Verbindlichkeit des Subsidiaritätsprinzips

Ob das Subsidiaritätsprinzip als allgemein verbindliche Regelung Eingang in die geltende Rechtsordnung gefunden hat, wird von der Rechtslehre nicht einheitlich beantwortet ²⁶⁾.

Die Rechtsprechung hat sich mit dem Subsidiaritätsprinzip nicht grundsätzlich auseinandergesetzt. Vielmehr werden ausschließlich die bisher entwickelten Kriterien der Grundrechtsinterpretation bemüht, wenn die Legitimität staatlicher, resp. kommunaler Betätigung in Frage steht ²⁷⁾. Auch die schon mehrfach zitierte Entscheidung des BayVerfGH ²⁸⁾ geht nicht grundsätzlich auf das Subsidiaritätsprinzip ein, sondern erwähnt nur den Vorbehalt in Art. 75 Abs. 1 BayGO (= alte Numerierung des jetzigen Art. 89) ²⁹⁾. Eine vor kurzem ergangene Entscheidung des BVerwG ³⁰⁾ zur Frage der Zulässigkeit kommunaler Bestattungsunternehmen verdeutlicht das Gesagte. Das Gericht begnügt sich mit der Feststellung, daß das Subsidiaritätsprinzip nach "zutreffender herrschender Meinung keinen Verfassungsrang hat" ³¹⁾.

-
- 26) Detaillierte Erwägungen können darüber im Rahmen dieser Arbeit nicht angestellt werden; so sollen nur einige Grundzüge wiedergegeben werden sowie der Stand der überwiegenden Meinung. Im übrigen sei auf das umfangreiche Spezial-schrifttum verwiesen, namentlich auf Herzog, Der Staat, Bd. 2 (1963), S. 399 ff.; Isensee, Subsidiarität und Verfassungsrecht (1968); Zuck, Subsidiarität und Grundgesetz (1968); weiterhin sei auf die umfangreichen Nachweise verwiesen bei Scholz, Einrichtungen, S. 46 f., dort vor allem Fußnote 67.
- 27) BVerfGE 1, 264 ff. (Schornsteinfeger); BVerfGE 9, 73 ff. (Apotheken); BVerfGE 10, 141 ff. (Feuerversicherung); BVerfGE 17, 306 (Zwangsversicherung); BVerfGE 21, 173 ff. (Steuerberater); BVerfGE 21, 245 ff. (Arbeitsvermittlung); dazu auch BGHSt 17, 137; BVerfGE 22, 180 ff. (BSHG).
- 28) DÖV 58, 216 ff.
- 29) Dazu mißverständlich Kalkbrenner, Subsidiaritätsprinzip, S. 529.
- 30) BayVB1. 73; 49.
- 31) So auch BVerwGE 23, 304 ff. (306); vgl. ferner allgemein zu der "Enthaltsamkeit" der Rechtsprechung Stern-Burmeister, Sparkassen, S. 148 f.

Von einem Teil der Lehre ³²⁾ wird das Subsidiaritätsprinzip als "vorstaatlicher, überpositiver Rechtssatz" ³³⁾ begriffen, der wie die überpositiven Freiheitsrechte aus dem "Sein der Menschennatur folgt" ³⁴⁾. Gleichwohl fand es nicht wie diese Aufnahme in das GG, obwohl eine entsprechende Anregung vorlag ³⁵⁾. Dennoch wird gefolgert, daß die Subsidiarität Bestandteil des in den Art.2 Abs.1, 20 und 28 GG ausgedrückten Rechtsstaatsprinzips sei ³⁶⁾. Ihre "verfassungsbildende Kraft" ³⁷⁾ drücke sich vor allem in staatsorganisatorischen Normen aus, wie z.B. in den das Verhältnis Bund-Länder regelnden Bestimmungen (Art.30, 70 Abs.1, 83, 92 sowie 72 Abs.2 und 75 GG) ³⁸⁾, sowie auch in den Art.6, 7 Abs.2, 9 Abs.3 und 19 Abs.3 GG ³⁹⁾. Auf zahlreiche Bestimmungen der Bayerischen Verfassung weist in diesem Zusammenhang vor allem Kalkbrenner hin ⁴⁰⁾. Allerdings zeigen vor allem Untersuchungen des neueren Schrifttums, daß bei differenzierender Betrachtung dieser Einzelvorschriften der Rückschluß auf einen Niederschlag des Subsidiaritätsprinzips voreilig ist ⁴¹⁾. Abgesehen davon ließe sich aus den genannten Vorschriften auch der gegenteilige Schluß ziehen, wie das bei pauschalen Interpretationen an Hand sozialphilosophischer Wertvorstellungen und politischer Prinzipien wohl ganz generell möglich ist.

32) Vgl. Nachweise bei Scholz, Einrichtungen, S.46 f.

33) Kalkbrenner, Subsidiaritätsprinzip, S.527; Küchenhoff, Gutachten, S.13.

34) Küchenhoff, Staatsverfassung und Subsidiarität, S.77.

35) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.158; H.H.Klein, Teilnahme, S.164; Peters, AfK 1967, S.9; Kalkbrenner, Subsidiaritätsprinzip, S.529; Lerche, Verfassungsfragen, S.26.

36) H.J.Wolff, VR III, S.168; v.Münch, JZ 60, 305; Kalkbrenner, Subsidiaritätsprinzip, S.529.

37) Scholz, Einrichtungen, S.47.

38) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.159 mit weiteren Nachweisen.

39) Scholz, Einrichtungen, S.47.

40) Kalkbrenner, aaO., S.529.

41) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.160.

So kann allenfalls von einem "subsidiären Zug" ⁴²⁾ des Grundgesetzes gesprochen werden, der sich als Ausdruck einer obwaltenden Zweckmäßigkeit staatlicher Organisation darstellt, und der vielleicht insoweit "überpositiv" sein mag.

Im übrigen enthält der Grundrechtskatalog Freiheitsgarantien für den einzelnen, ohne deshalb die prinzipielle Allzuständigkeit und Dispositionsfreiheit des Staates zu beseitigen ⁴³⁾.

Aus den Grundrechten kann ein verfassungskräftiges Bekenntnis zu einem allgemeinen Subsidiaritätsprinzip ebensowenig entnommen werden wie aus organisatorischen Verfassungsnormen ⁴⁴⁾. Das gilt auch für eine "spezielle" Subsidiarität wirtschaftlicher Betätigung von Hoheitsträgern, die mitunter aus Art.2 Abs.1 und 12 GG gefolgert wird ⁴⁵⁾, da diese Artikel nicht objektive Prinzipien statuieren, sondern subjektive Rechte gewährleisten ⁴⁶⁾.

Weiterhin kann dem GG auch kein verfassungskräftiges Bekenntnis für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entnommen werden ⁴⁷⁾, was aber Voraussetzung für die Verbindlichkeit wirtschaftlicher Subsidiarität wäre. Hoheitsträger sind prinzipiell ebenso zur wirtschaftlichen Tätigkeit und zur Bedarfsdeckung berufen wie die Privatwirtschaft. Die Grundrechte schützen nicht grundsätzlich vor staatlicher Konkurrenz ⁴⁸⁾.

Namentlich durch die Sozialstaatsklausel erfolgte eine ausdrückliche Abkehr vom streng liberalen Rechtsstaat ⁴⁹⁾. Gemeindienliche Aufgabenerfüllung durch den Leistungsstaat kann auch dann erfolgen, wenn die gleichen Aufgaben ebensogut von Privaten erfüllt werden können.

:

42) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.160.

43) H.H.Klein Teilnahme, S.163; vgl. schon oben, § 2, sowie im folgenden § 9.

44) H.H.Klein, Teilnahme, S.163; Badura, Verwaltungsmonopol, S.315.

45) Maunz-Dürig, Herzog, GG, Art.2, Rdnr.52.

46) H.H.Klein, Teilnahme, S.111 und 163.

47) BVerwGE 17, 306 (308); BVerwG, BayVB1.73, 49 f.; H.H.Klein, Teilnahme, S.111 f.; Lerche, Verfassungsfragen, S.26; Scholz, Einrichtungen, S.48.

48) BVerfGE 24, 236 (251); Püttner, Unternehmen, S.141 ff., vgl. noch unten, § 10.

Entbehrt mithin das Subsidiaritätsprinzip einer über Art.89 Abs.1 BayGO hinausgehenden Verbindlichkeit, so kann aus ihm auch keine Beschränkung kommunaler Wohnungsvermittlung bayerischer Gemeinden gefolgert werden ⁵⁰⁾. Damit wird der von Küchenhoff vertretenen Auffassung ⁵¹⁾ entgegengetreten, die sich ohne Rücksicht auf systematische Einzelheiten nur auf das Subsidiaritätsprinzip als begrenzendes Regulativ stützt. Der Rückzug auf eine generelle "Methode" mag auch im Hinblick auf das Gemeinderecht der übrigen Bundesländer bedenklich sein, für die Rechtslage in Bayern erweist er sich jedenfalls schon durch die neue Regelung in Art.89 Abs.3 Satz 3 als versperrt.

49) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.40 ff.; Zacher, BayVB1.73, 57 f.; Häberle, Leistungsrecht, S.467; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.170.

50) Wie hier Rocke, DVBl.73, 399 ff. und Sailer, BayVB1.74, 549 ff.

51) Gutachten, S.11 ff.

§ 10 Grundrechtsfragen

I. Allgemeines

Die Meinungen über die grundrechtlichen Schranken der Teilnahme des Staates (und der Gemeinden) am Wettbewerb sind vielschichtig und zum Teil gegensätzlich.

Auf der einen Seite wird aus den Grundrechten das Verbot einer (nur) erwerbswirtschaftlichen Betätigung abgeleitet ¹⁾. Nach dieser Meinung schützen die Art.2 Abs.1 und 12 GG die Wettbewerbsfreiheit als Institution mit der Folge, daß jede staatliche Eigenbetätigung einen grundrechtswidrigen Eingriff in diese Wettbewerbsfreiheit darstellt, namentlich dann, wenn auf dem gleichen Betätigungsfeld bereits die Privatwirtschaft tätig ist. Von diesem Gedanken ausgehend wird weiter gefordert, daß jede wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf ²⁾.

Auf der anderen Seite wird die These von der "Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand" vertreten ³⁾, wonach vor allem die Gemeindewirtschaft wegen Art.19 Abs.3 GG unter den Schutz von Art.12 GG stehen soll.

Schließlich wird eine Bindung erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand an die Grundrechte generell abgelehnt ⁴⁾; es genüge die Wettbewerbsordnung, um staatliche

- 1) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.2 I, Anm.52; Art.19 III, Anm.47 f.; Ipsen, NJW 63, S.2107 f.
dagegen: BVerfGE 12,345; 24,236 ff.; BVerwGE 39,336 ff.; BVerwG BayVB1.73, 49 ff.; Püttner, Unternehmen, S.155 ff.; H.H.Klein, Teilnahme, S.176 ff.; Bull, Staatsaufgaben, S.276 ff.; Rübner, Formen, S.212; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.73 ff.; Rocke, DVBl.73, 399.
- 2) Gallwas, Faktische Beeinträchtigung, S.106 ff.; vgl. Bull, Staatsaufgaben, S.281.
- 3) Bettermann, Hirsch-Festschrift, S.1 ff.; vgl. zum Streitstand insbes. Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.130 ff.; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.231 ff.; Püttner, Unternehmen, S.148 ff.; Herbig, Einrichtungen, S.146.
- 4) Emmerich, Unternehmen, S.121 ff.; ders., JuS 70, 332.

Macht zu zügeln und zu neutralisieren. Die gemeindliche Teilnahme am Wettbewerb ist - wie oben schon angesprochen ⁵⁾ - allgemein an die Erfüllung öffentlicher Zwecke gebunden (Art. 89 Abs.1 BayGO), so daß eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung nicht in Frage kommt ⁶⁾.

Die kommunale Wohnungsvermittlung dient - auch soweit sie wirtschaftliche Betätigung ist - nach der gesetzlichen Konzeption der Erfüllung spezieller öffentlicher Zwecke ⁷⁾.

Im Hinblick auf den Gegenstand dieser Untersuchung erübrigt sich damit eine genauere Erörterung der grundrechtlichen Probleme, die eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung aufwirft; eine solche würde Art.89 Abs.3 Satz 3 nicht zulassen ⁸⁾.

Auch braucht nicht näher auf die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung eingegangen zu werden, da eine solche vorliegt.

Vielmehr ist die Frage zu klären, inwieweit dem Gesetzgeber wegen der Grundrechte die Zulassung auch solcher Betätigungen verboten ist, die an öffentliche Zwecke gebunden sind. Nach der Beantwortung dieser Frage wird es auch möglich sein, die verfassungsrechtlich zulässigen Modalitäten kommunaler Wohnungsvermittlung zu umreißen ⁹⁾.

5) Vgl. §§ 3, 5 und 8 III.

6) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.58; ders., DJT 1960, 577 ff.; Scholz, Einrichtungen, S.102; vgl. schon oben, § 3.

7) Vgl. dazu oben, §§ 5 III, 8 III.

8) Vgl. oben, § 4 II.

9) Unten, § 10 IV.

II. Wandel im Grundrechtsverständnis

1. Schutz vor faktischer Beeinträchtigung

Nach überkommener Vorstellung dienen die Grundrechte primär dazu, hoheitliche Eingriffe der Staatsgewalt abzuwehren ¹⁰⁾. Die Konzeption der Grundrechte im GG - wie auch in der BayVerf ¹¹⁾ - ist eine Folge geschichtlicher Erfahrungen. Die historische Entwicklung lehrte, wo die staatliche Gewalt am stärksten in die Freiheit eingreift und eingegriffen hat ¹²⁾. Um jeweils einen bestimmten, abgegrenzten und typischen Bereich der individuellen Freiheitssphäre dem staatlichen Dirigismus zu entziehen, wurden die einzelnen Grundrechte konzipiert. Ein solcher Bezug einzelner Freiheitsrechte zu konkreten Sachgebieten (z.B. Religion, Wohnung, Eigentum, Beruf, Briefgeheimnis usw.) ist zwar zu einem effektiveren Schutz notwendig, bewirkt aber auch, daß der Grundrechtskatalog nicht eine "systematisch-logisch ausgeformte Deskription der Freiheit" ¹³⁾ darstellt (und daß im übrigen zur umfassenden Sicherung der Individualsphäre ein "Auffanggrundrecht" - Art.2 Abs.1 GG - ¹⁴⁾ erforderlich ist).

10) Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.7, Rdnr.86; Bull, Staatsaufgaben, S.156 f.; Püttner, Unternehmen, S.141; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.132; vgl. auch BVerfGE 1,99 (104).

11) Auf das Verhältnis der Grundrechte des Grundgesetzes zu denen der BayVerf kann im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen werden, vgl. dazu zuletzt BVerfG BayVBl.1974, S.467 ff. (469). Für die bayerische Gesetzgebung sind die GG-Grundrechte jedenfalls bindend, vgl. Art.28 Abs.1 und 31 (1 Abs.3) GG; vgl. dazu BVerfGE 7,377 (443).

12) Püttner, Unternehmen, S.142.

13) Derselbe, aaO., S.162.

14) Vgl. grundlegend BVerfGE 6, 32 ff.

Begreift man die Grundrechte (nur) als Abwehrrechte gegen Eingriffe in die geschützte Rechtssphäre, so wird eine rein faktische Ausdehnung der staatlichen Betätigung durch sie nicht gehindert. Art.12 GG verbietet nicht die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, sondern schützt lediglich einzelne vor berufsbeschränkenden Gesetzen (und Einzeleingriffen). Betätigt sich der Staat wirtschaftlich oder läßt der Gesetzgeber eine solche Tätigkeit auf kommunaler Ebene zu, so bleibt es den Bürgern unbenommen, sich auf dem gleichen Gebiet zu betätigen.

Der gleiche Gedanke trifft auch bei Art.14 GG zu: Geschützt wird vor willkürlicher und entschädigungsloser Enteignung; eine staatliche Betätigung in Konkurrenz zur Privatwirtschaft läßt das individuelle Eigentum - auf den ersten Blick - unberührt. Nicht anders ist auch Art.2 Abs.1 GG zu verstehen.

Beschränkt sich die Wirkung der Grundrechte in dieser Weise ("punktuelle Wirkung" ¹⁵⁾, so verbieten sie weder eine Betätigung der staatlichen Rechtssubjekte, noch hindern sie den Gesetzgeber daran, das kommunale Betätigungsfeld zu erweitern. Man gewinnt eher die Erkenntnis, daß dem Staat keinerlei Begrenzungen auferlegt sind, sofern er nicht unmittelbar und gezielt die Grundrechte beschneidet. Ausgehend von dieser vorläufigen Interpretation nähert man sich dem zentralen Problem heutiger Grundrechtsdogmatik ¹⁶⁾, wenn man postuliert, daß es dem Staat nicht freistehen darf, nach Belieben in private Bereiche vorzudringen, oder private Tätigkeiten beliebig in "öffentliche" umzuetikettieren ¹⁷⁾.

15) Püttner, Unternehmen, S.141 ff.

16) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.119.

17) Ebenda mit Hinweis auf Martens, Das Öffentliche, S.105.

Würde man dem Staat eine beliebige Erweiterung seines Betätigungsfeldes einräumen, so wäre damit die Gefahr verbunden, daß der Bereich verringert wird, in dem der einzelne seine Freiheitsrechte zur Entfaltung bringen kann. Keine rechtliche, aber eine faktische Beeinträchtigung der Individualsphäre läge damit vor, die eine - zunächst mittelbare - Grundrechtsverletzung bedeuten kann.

Diese Erkenntnis führt dazu, die Grundrechte nicht nur zur Abwehr von (unmittelbarem) Befehl und Zwang zu bemühen, sondern sie auch gegen faktische Beeinträchtigung ins Feld zu führen ¹⁸⁾. Es geht letztlich darum, daß der Staat die Grundrechte nicht durch Maßnahmen aushöhlen darf, die - ohne "klassische" Eingriffe zu sein - das Aktionsfeld der einzelnen Freiheitsgarantien verringern ¹⁹⁾.

Mit der Anerkennung einer faktischen Beeinträchtigung muß man sich damit von einem Eingriffsdenken lösen ²⁰⁾; die Kriterien der "Unmittelbarkeit" und "Gezieltheit" ²¹⁾ grundrechtsrelevanter Aktionen erweisen sich als ungenügend.

So nähert man sich der weiteren Bedeutung der Grundrechte; sie sind auch Ausdruck einer objektiven Wertordnung ²²⁾, sie müssen umgedeutet werden in Strukturgarantien ²³⁾.

18) Vgl. Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen, S.25 ff. und passim; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.129 ff.; Bettermann, NJW 1969, S.1323; Püttner, Unternehmen, S. 141 ff. sowie die im folgenden genannten Zitate.

19) Herzog, Hirsch-Festschrift, S.63 ff.

20) Badura, DÖV 1966, S.625.

21) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.130.

22) BVerfGE 6,89; 7,198 (205); 10,59 (81); 21,362 (372); 23, 127 (134); Herzog, JuS 1969, S.399; Bull, Staatsaufgaben, S.156 f.; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.1 Abs.3, Rdnr.99.

23) So vor allem Püttner, Unternehmen, S.143.

Gerade im Leistungsstaat mit veränderter Stellung und Verantwortung der öffentlichen Hand ergeben sich zwangsläufig in immer stärkerem Maß Funktionsüberschneidungen mit der Privatwirtschaft, so daß daher die Umdeutung der Grundrechte in Strukturprinzipien nicht nur von großer Bedeutung ²⁴⁾, sondern zum Schutze der Individualsphäre unerlässlich ist.

Die Art.2 Abs.1, 12 und 14 GG als "Strukturgarantien" ²⁵⁾ gebieten somit grundsätzlich, daß ein Rest freier Wirtschaftsbetätigung erhalten bleibt, der dem Wesensgehalt (Art.19 Abs.2 GG) dieser Verbürgungen entspricht. Wo allerdings eine genaue Grenze zu ziehen ist, kann nicht mit letzter Sicherheit beantwortet werden ²⁶⁾.

Das ist auch nicht das Problem dieser Arbeit. Vielmehr ist nach den konkreten Folgerungen der (erweiterten) Grundrechtsgeltung zu fragen, die sich im Hinblick auf die gesetzliche Zulassung kommunaler Betätigung ergeben können. Geht man einerseits von der Möglichkeit einer faktischen Grundrechtsverletzung aus, so ist andererseits nach dem Schutzbereich der Grundrechte zu fragen, um feststellen zu können, inwieweit faktische Beeinträchtigung einem grundrechtswidrigen Eingriff gleichkommt ²⁷⁾.

24) Maunz-Dürig, Herzog, GG, Art.1, Rdnrn.13 ff.; Hesse, Grundzüge, S.110; Badura, DÖV 66, 625; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.131 f.

25) Püttner, Unternehmen, S.158 f.

26) Derselbe, Unternehmen, S.146, 158 f.

27) Püttner, Unternehmen, S.146.

2. Sozialdetermination der Grundrechte

Der moderne Leistungsstaat kann nicht nur unter dem Aspekt freiheitsverdrängender Ausdehnung seines Tätigkeitsfeldes gesehen werden, die zur Erweiterung der Grundrechtsgeltung nötigt. Er zeigt auch rechtserhebliche Tendenzen, die einer Erweiterung zu widersprechen scheinen.

"Die meisten Menschen stehen heute in einer sozialen Position, in der sie ihre Lebensgestaltung nicht mehr aus eigener Sachherrschaft ... formen²⁸⁾." Sie sind vielmehr in ein System sozialer Sicherung gestellt, das (notwendigerweise) staatlich organisiert und durchdrungen ist. "Diese Wandlung muß sich notwendig auch in der Auslegung der Grundrechte niederschlagen²⁹⁾."

Die Tendenz zum Wohlfahrtsstaat³⁰⁾, der Wandel von individueller Freiheit zu sozialer Sicherheit³¹⁾ wirkt in der Tat auf das Verständnis der Grundrechte ein.

Grundrechtliche Freiheit bedeutet nach der Ansicht Bulls³²⁾ nicht mehr (nur) Freiheit für den oder die einzelnen, sondern möglichst viel Freiheit für möglichst viele.

Das Sozialstaatsprinzip bringt nicht nur eine Verpflichtung des Staates³³⁾, sondern als deren Kehrseite notwendig auch eine "Inpflichtnahme"³⁴⁾ des Bürgers mit sich. Das bedeutet aber nichts anderes, als daß der Freiheitsbereich einzelner zugunsten aller oder "möglichst vieler"³⁵⁾ vom Sozialstaatsprinzip reduziert wird.

28) Scheuner, DÖV 71, 511; Bull, Staatsaufgaben, S.158.

29) Ebenda.

30) Zacher, BayVB1.73, 57 f.; Häberle, Leistungsrecht, S.467; Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.40 ff.

31) Bull, Staatsaufgaben, S.157 ff.

32) Bull, Staatsaufgaben, S.158.

33) Vgl. dazu BVerwGE 1,159; 18, 352; Bachof, VVDStRL 12,49 f.

34) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.129.

35) Bull, Staatsaufgaben, S.158 sowie S.163 ff.

Damit erfahren die Grundrechte über ihren Wortlaut und ihre primäre Bedeutung hinaus eine (weitere) Sinnveränderung, die sich auf das Sozialstaatsprinzip gründet ³⁶⁾. Man kann von einer sozialstaatlichen "Mutation" ³⁷⁾ der Grundrechte sprechen. Sie sind sowohl unter dem Aspekt ihres "Sozialgehalts" ³⁸⁾ wie auch ihrer "Sozialdeterminierung" ³⁹⁾ zu werten.

So verstanden sind die Grundrechte nicht nur Strukturprinzipien, sondern sozialstaatlich geprägte Strukturprinzipien.

Das hat zur Folge, daß der Staat auch Ziele verfolgen darf, die nur durch Beeinträchtigung (rechtlicher und faktischer Art) der Freiheitsrechte zu erreichen sind. Im Einzelfall ist abzuwägen zwischen gebotenem Freiheitsschutz und den Anforderungen einer sozialstaatlichen Ordnung ⁴⁰⁾. Für die Grundrechte ist somit die "spezifisch sozialstaatliche Schrankenziehung der Grundrechtsausübung" ⁴¹⁾ von ausschlaggebender Bedeutung. Sie können nur insoweit tangiert und möglicherweise verletzt sein, als ihr Freiheitsgehalt nicht durch das Sozialstaatsprinzip zurückgedrängt ist ⁴²⁾.

III. Wohnungsvermittlung und Grundrechte

1. Einschlägige Grundrechtsbestimmungen

Es wurde schon mehrfach auf die Bedeutung der Art. 12 und 14 GG hingewiesen. Art. 12 GG schützt die freie berufliche

36) Scholz, Einrichtungen, S. 222; Bull, Staatsaufgaben, S. 158 f.; Stern-Burmeister, Sparkassen, S. 130.

37) Friauf, DVBl. 71, 675.

38) Bull, Staatsaufgaben, S. 159; Scholz, Einrichtungen, S. 229.

39) Bull, Staatsaufgaben, S. 159.

40) BVerfGE 29, 229 (235).

41) Stern-Burmeister, Sparkassen, S. 132.

42) Vgl. dazu Badura, DÖV 66, 633; Hesse, Grundzüge, S. 84.

Betätigung und gewährleistet dem einzelnen das Recht, jede Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, zur Grundlage seiner Lebensführung zu machen. Art.12 entfaltet seine Schutzwirkung auch gegen tatsächliche Auswirkungen einer nicht berufsbezogenen Regelung ⁴³⁾. Auch die Gewerbefreiheit wird von Art.12 geschützt ⁴⁴⁾. Art.14 GG schützt jedes bestehende vermögenswerte Recht ⁴⁵⁾, nicht hingegen eine bloße Erwerbschance ⁴⁶⁾.

Soweit Art.2 Abs.1 GG nicht durch die spezielleren Verbürgungen ⁴⁷⁾ in Art.12 und 14 GG verdrängt ist, tritt er ergänzend hinzu. Im Hinblick auf die Konkurrenz der öffentlichen Hand sei hervorgehoben, daß Art.2 Abs.1 die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Vertragsfreiheit garantiert ⁴⁸⁾.

Faßt man die Schutzbereiche der genannten Bestimmungen zusammen, so ergibt sich insgesamt die Garantie unternehmerischer Dispositionsfreiheit ⁴⁹⁾, soweit es um bereits bestehende Gewerbebetriebe geht.

Ferner tritt Art.3 Abs.1 GG hinzu; das Gleichbehandlungsgebot kommt vor allem dann in Frage, wenn die Betätigung der öffentlichen Hand im Verhältnis zur Privatwirtschaft begünstigt wird, sei es durch steuerrechtliche Erleichterungen oder sei es durch Finanzierung aus Steuermitteln ⁵⁰⁾.

43) BVerfGE 13,181; 22,380 (384), vgl. auch oben.

44) BVerfGE 21,261 (266).

45) BGHZ 6,270.

46) Vgl. BVerwGE 39, 336 ff.; Bull, Staatsaufgaben, S.280 f.

47) BVerfGE 6,55 (72); BVerfGE 1,264 (274), vgl. auch Püttner, Unternehmen, S.187.

48) BVerfGE 12,341 (347).

49) BVerwGE 30,191; BVerwGE 39, 329 ff.; dazu auch Sailer, BayVBl.74,549.

50) Vgl. vor allem Püttner, Unternehmen, S.180 ff.

Damit ist das Feld der Grundrechtsverbürgungen abgesteckt, die im Verhältnis zur Privatwirtschaft von Bedeutung sind. Es gilt nun deren Schutzbereich zu bestimmen.

Ausgangspunkt soll folgende Überlegung sein:

Konkurriert der Staat mit der Privatwirtschaft, indem er gleiche Leistungen wie diese erbringt, wird eine (faktische) Beeinträchtigung von Grundrechten umso intensiver sein, je mehr Vorrechte die staatliche Betätigung genießt. Tritt ein öffentliches Unternehmen gleichwertig und gleichberechtigt auf, sind dessen Auswirkungen auf private Entfaltungsmöglichkeiten geringer, als wenn es gleiche Leistungen günstiger oder gar zum "Nulltarif" anbietet. Eine staatliche Betätigung "stört" das freie Spiel der Kräfte in erster Linie dann, wenn sie der Privatwirtschaft Abnehmer entzieht. Je "billiger" eine solche Leistung ist, desto mehr Abnehmer wird sie aber finden. Das bedeutet, daß die Intensität einer möglichen Beeinträchtigung in dem Maße zunimmt, in dem die staatliche Leistung den Abnehmern günstiger erscheint als eine vergleichbare Leistung der Privatwirtschaft.

2. Art.2 Abs.1, 12 und 14 GG

Bietet der Staat Leistungen zu gleichen Bedingungen wie die Privatwirtschaft an, bleibt nach der eben angestellten Überlegung nur die Frage, ob die Grundrechte prinzipiellen Schutz vor staatlicher Konkurrenz bieten, ob sie die Privatwirtschaft oder speziell eine Wettbewerbsfreiheit ohne staatliche Teilnahme garantieren.

Geht man davon aus, daß die Grundrechte j e d e m Bürger

wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit garantieren ⁵¹⁾, muß auch jeder einzelne die Konkurrenz durch andere hinnehmen, die ebenfalls von ihrer Freiheit Gebrauch machen. Das drückt sich besonders deutlich in Art.2 Abs.1 GG ("Rechte anderer") aus; das Wesen immanenter Grundrechtsschranken ⁵²⁾ ist damit angesprochen. Die Möglichkeit der Konkurrenz ist systemimmanent ⁵³⁾, die Grundrechte gewähren keine Privilegien für bereits bestehende Gewerbebetriebe. Nichts anderes kann gelten, wenn die öffentliche Hand gleichberechtigt in Konkurrenz zur Privatwirtschaft tritt ⁵⁴⁾. Betätigt sie sich dabei (zwangsläufig) "erwerbswirtschaftlich", weil sie wie die Privatwirtschaft Gewinne erzielt, liegt darin jedenfalls keine Grundrechtsverletzung. Private Mitbewerber stehen dem öffentlichen Unternehmen nicht anders gegenüber als einem privaten Konkurrenzunternehmen. Daß u.U. Marktanteile vermindert werden, verletzt nicht Art.14 GG, da Marktanteile nichts anderes sind als Erwerbschancen, die von Art.14 nicht geschützt werden ⁵⁵⁾. So geht die überwiegende Meinung heute davon aus, daß die Grundrechte weder die Existenz eines öffentlichen Unternehmens noch wirtschaftsrelevante Tätigkeiten prinzipiell verbieten ⁵⁶⁾.

51) Vgl. BVerfGE 13, 181; 21,261; Stern-Püttner, Gemeindefirtschaft, S.173 f.

52) BVerfGE 6,32; BVerfGE 20,351.

53) Püttner, Unternehmen, S.156 f.

54) Ebenda.

55) BVerfGE 39,336 ff.; Bull, Staatsaufgaben, S.280; auch BGH NJW 67,1752; Püttner, Unternehmen, S.178.

56) Bull, Staatsaufgaben, S.280; Sailer, BayVB1.74,549; Rocke, DVBl.73, 398; Püttner, Unternehmen, S.257; Rübner, Formen, S.212; H.H.Klein, Teilnahme, S.176 f.

Vielschichtiger sind die Probleme indessen bei der sogenannten Gemeinwirtschaft⁵⁷⁾, die gerade wegen der Verfolgung spezifischer öffentlicher Zwecke meist bevorrechtigt ist⁵⁸⁾.

Ein Verbot öffentlicher Gemeinwirtschaft enthält das GG nicht⁵⁹⁾; vielmehr gebieten gerade sozialstaatliche Zielsetzungen im modernen Leistungsstaat auch und gerade die Wahrnehmung wirtschaftsrelevanter Funktionen, um überhaupt sachgerechte Leistungen zu ermöglichen⁶⁰⁾. Wird vereinzelt die Zulässigkeit reiner Erwerbswirtschaft des Staates wegen der Grundrechte verneint⁶¹⁾, so ist gerade von diesem Standpunkt aus die Berechtigung und Zulässigkeit gemeinnütziger Wirtschaftsbetätigung zu folgern.

Ob gemeinnützige Wirtschaftsbetätigungen Grundrechte verletzen, hängt einmal vom Ausmaß der Bevorrechtigung ab; gerade die Vorrechte können ja das freie Spiel der Kräfte stören⁶²⁾. Zum anderen ist aber die Zweckverfolgung zu berücksichtigen, die den Schutzbereich grundrechtlicher Positionen reduzieren kann.

57) Püttner, Unternehmen, S.168.

58) Die Verfolgung gemeinnütziger Zwecke schließt nicht auch eine "erwerbswirtschaftliche" Betätigung aus, vgl. dazu schon oben § 5 und 3 IV, sowie Püttner, Unternehmen, S.169.

59) Vgl. Püttner, Unternehmen, S.168, der in diesem Zusammenhang auf die Pflicht des Gesetzgebers zur "Systemtreue" hinweist; dieser Gesichtspunkt kann hier unberücksichtigt bleiben, da eine punktuelle Zulassung wirtschaftlicher Betätigung jedenfalls dann systemgerecht ist, wenn sie durch Gesetz an spezielle öffentliche Zwecke gebunden wird, die sich vor allem aus dem Sozialstaatsgebot ergeben, vgl. dazu oben §§ 5, 8 III.

60) Vgl. dazu Hesse, Rechtsstaat, S.79 f.; Rüfner, Formen, S.139; Scholz, Einrichtungen, S.22 f.; Badura, DÖV 66, 625 ff.

61) Vor allem Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.2 Abs.1 Rdnr.52, vgl. dazu auch oben, Fußnote 1.

62) Dazu vor allem Püttner, Unternehmen, S.160 ff.; für den Bereich der Wohnungsvermittlung vgl. Sailer, BayVB1. 74, 549 ff.

Entscheidend ist daher das Verhältnis zwischen Bevorrechtigung und Zweckverfolgung auf der einen, wie das zwischen Intensität der Beeinträchtigung und reduziertem Schutzbereich der Grundrechte auf der anderen Seite. Auf eine Kurzformel gebracht: Konkretisiert der Gesetzgeber die immanente Schrankender Grundrechtsausübung⁶³⁾, so muß er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten.

Betätigen sich die Gemeinden im Rahmen einer gesetzlichen Ermächtigung oder Zuweisung, gilt für sie im wesentlichen das gleiche, zumal dann, wenn die Regelung einen von den Gemeinden zu konkretisierenden Spielraum läßt. Die durch Wahrnehmung einer legitimen öffentlichen Aufgabe bedingte Beeinträchtigung der beruflichen und gewerblichen Entfaltungsfreiheit korrespondiert mit den für die Beschränkung von Art.12 GG vom BVerfG⁶⁴⁾ dargelegten Kriterien⁶⁵⁾.

Läßt der Gesetzgeber eine wirtschaftliche Betätigung zu, die nur die Berufsausübung tangiert, so genügen danach vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls, welche die Regelung zweckmäßig erscheinen lassen⁶⁶⁾. Damit hat der Gesetzgeber einen recht weiten Spielraum⁶⁷⁾.

Die gleichen Grundsätze gelten auch im Hinblick auf Art.14 GG und Art.2 Abs.1 GG, soweit er die Dispositionsfreiheit über die Art.12 und 14 hinaus schützt⁶⁸⁾. Die an Art.12 GG entwickelte Auslegung von Regelungsvorbehalt und Schrankenbestimmung ist nichts anderes als das Ergebnis strikter An-

63) Dazu BVerfGE 8,71 (79); 20,351 ff.

64) Insbes. BVerfGE 7, 377 (Apotheken); 11,30 ff. (Kassenärzte) ferner BVerfGE 9,48; 10,197; 11,192; 13,181; 13,237; 17,371; 21,245; vgl. dazu auch Badura, Verwaltungsmonopol, S.256; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.134.

65) Vgl. Stern-Burmeister, Sparkassen, S.134.

66) BVerfGE 7,377 (378), Leitsatz Nr.6.

67) Gallwas, Faktische Beeinträchtigungen, S.106; Lerche, Kabelfernsehen, S.102; Bull, Staatsaufgaben, S.209.

68) Vgl. etwa Püttner, Unternehmen, S.161,164,167.

wendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, welcher im Hinblick auf Art.14 und 2 Abs.1 in gleicher Weise zu beachten ist ⁶⁹⁾.

Wo allerdings private Mitbewerber infolge der Bevorzugung der gemeinwirtschaftlichen Agende in ihrer (wirtschaftlichen) Existenz bedroht sind, müssen zwingende Gründe des Gemeinwohls vorliegen, die eine solche objektive Beeinträchtigung der unternehmerischen Dispositionsfreiheit erfordern ⁷⁰⁾.

Auch diese These betrifft sowohl die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit wie auch die dem Träger der Betätigung eingeräumte Aktionsfreiheit.

Sofern sich die öffentliche Hand bei der Wahrnehmung wirtschaftsrelevanter Funktionen von den (vorgegebenen) öffentlichen Zwecken löst, so verletzt sie damit die Art.2

Abs.1, 12 und 14, es sei denn, daß die Loslösung aus Gründen des Gemeinwohls wiederum unerlässlich ist ⁷¹⁾.

Es ist dem Gesetzgeber allerdings erlaubt, Regelungen zu treffen, die - ohne Modalitäten im einzelnen festzulegen - generell eine (beeinträchtigende) Betätigung sanktionieren ⁷²⁾. Sofern eine solche Regelung von vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls getragen ist, zwingende Gründe sie aber nicht erfordern, hat sich die Betätigung solcher

69) Vgl. etwa Püttner, Unternehmen, S.161, 164, 167.

70) Vgl. Püttner, Unternehmen, S.161; BVerfGE 7, 377; 11,30; sowie obige Rechtsprechung unter Fußnote 64; vgl. ferner Stern-Burmeister, Sparkassen, S.134 ff.; Sailer, BayVBl.74,549 ff.; BVerwG Betrieb 1972, 1332.

71) Püttner, Unternehmen, S.200 f.; Brohm, Strukturen, S.280 f.; Badura, DÖV 66, 626; Rübner, Formen, S.358 ff.

72) Vgl.dazu BVerfGE 13,230 (236).

Aktionen zu enthalten, welche die Konkurrenz zu vernichten geeignet sind. Widrigenfalls könnten die Grundrechtsberechtigten zwar nicht Unterlassung der Betätigung an sich, aber jedenfalls einen Ausschluß der Begünstigungen verlangen, die eine Vernichtungs Konkurrenz ermöglichen ⁷³⁾.

3. Art.3 GG

Hier gelten ähnliche Gesichtspunkte, wie sie soeben umrissen wurden. Art.3 Abs.1 GG verlangt nicht die gleiche Behandlung ähnlicher, sondern nur wesensgleicher Tatbestände ⁷⁴⁾. Bei Ungleichheit der Sachverhalte hindert er nicht die differenzierende Behandlung, wenn die Differenzierung sachgerecht erscheint ⁷⁵⁾. Zwar ist bei einer Bevorzugung privater Unternehmer (insbesondere durch Subventionen) das Benachteiligungsverbot hinsichtlich der übrigen Konkurrenten zu beachten, welches sich aus Art.3 Abs.1 GG ergibt ⁷⁶⁾. Wird eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand bevorzugt behandelt, die zur Erfüllung öffentlicher Zwecke dient, so ist sie mit privaten Betätigungen auf demselben Gebiet nicht wesensgleich. Nur wenn ein öffentliches Unternehmen trotz Subventionierung aus Steuermitteln keine gemeinwirtschaftliche "Gegenleistung" ⁷⁷⁾ erbringt, nur wenn es sich vom öffentlichen Zweck löst und in den "erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Betätigungssektor überwechselt" ⁷⁸⁾, kann eine Verletzung des Gleichheitssatzes in Frage kommen ⁷⁹⁾.

73) Püttner, Unternehmen, S.161.

74) BVerfGE 1,14 (52).

75) BVerfGE 23,229 (240).

76) BVerwG MDR 65,326 f.; BVerwGE 30,191.

77) Püttner, Unternehmen, S.161.

78) Stern-Burmeister, Sparkassen, S.138; vgl. auch S.210.

79) Sailer, BayVB1.74,549 schenkt dieser Differenzierung nur wenig Beachtung; er argumentiert im Rahmen von Art.3 mit den Kriterien, die eigentlich nur Art.2,12 und 14 betreffen, kommt aber dem Sinne nach zum gleichen Ergebnis wie hier vorgetragen.

4. Folgerungen

Die kommunale Wohnungsvermittlung erweist sich prinzipiell als grundrechtmäßig.

Soweit die Gemeinden im Rahmen der oben beschriebenen Daseinsvorsorge Wohnungsvermittlung betreiben ⁸⁰⁾, liegt kein echtes Konkurrenzverhältnis zur Privatwirtschaft vor. Im übrigen liegen insoweit - selbst wenn von einzelnen konkurrierenden Handlung ausgegangen wird - zwingende Gründe des Gemeinwohls vor, die eine solche Betätigung im Rahmen der referierten Garantenstellung erfordern ⁸¹⁾.

Die unter den Voraussetzungen des Art.89 Abs.3 Satz 3 BayGO generell zugelassene Wohnungsvermittlung darf jedoch nicht zu einer Vernichtungskonkurrenz des privaten Maklergewerbes führen, da sie dann die von den Grundrechten gezogenen Grenzen überschreiten würde. ⁸²⁾ Das bedeutet, daß die Gemeinden gehindert sind, Wohnungen an jedermann zum "Nulltarif" zu vermitteln.

Bei Beachtung des Ertragsgrundsatzes wirtschaftlicher Betätigung (Art.94 BayGO) ⁸³⁾ kann eine Grundrechtsverletzung hingegen nicht in Frage kommen ⁸⁴⁾.

80) Vgl. oben § 5.

81) Vgl. oben § 5.

82) Im Ergebnis ebenso Sailer, BayVBl.74,549 ff.

83) Dazu oben § 3 III 4.

84) Sehr fraglich erscheint die Behauptung, daß Art.89 Abs.3 Satz 3 Erträge verbieten würde (Sailer, BayVBl.74,549). Auch kann Sailer, aaO., nicht darin gefolgt werden, daß die Erwirtschaftung von Erträgen - selbst wenn sie gegen Art.89 Abs.3 Satz 3 verstoßen würde - eine Verletzung der Rechte privater Makler zur Folge hätte, die erst im Zusammenhang mit einer eventuellen Gesetzesverletzung Unterlassungsansprüche einräumen würde; gerade eine Verletzung von Grundrechten ist aber nicht gegeben, wenn die Gemeinden Gewinne erzielen. Die Gesetzesverletzung allein würde keine Ansprüche geben.

Ob eine grundrechtsrelevante Beeinträchtigung privater Unternehmer vorläge, wenn die Gemeinden lediglich ihre Kosten decken oder defizitär wirtschaften würden, vermag nur eine Beurteilung von Fakten zu beantworten, die hier nicht in Frage steht ⁸⁵⁾.

Auf Grund des Gesagten erscheint aber die Möglichkeit einer Beeinträchtigung umso größer, je "billiger" die Wohnungsvermittlungsstellen ihre Leistungen erbringen.

IV. Fiskalgeltung der Grundrechte und Wohnungsvermittlung

1. Freie Wahl der Aktionsform im Rahmen kommunaler Leistungsverwaltung

Im allgemeinen wird den nutzbringenden und gewährenden Verwaltungstätigkeiten, die man am besten mit dem Begriff der Leistungsverwaltung ⁸⁶⁾ erfaßt, die Eingriffsverwaltung gegenüber gestellt ⁸⁷⁾.

Diese grundsätzliche "klassische" Unterscheidung wird vor allem im Schrifttum nicht widerspruchsflos hingenommen ⁸⁸⁾.

85) Sailer vertritt in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt eine Immobilienfirma, die einen Musterprozeß gegen die Münchener Wohnungsvermittlungsstelle anstrengt. Mit einem ersten Termin wird (lt. persönlicher Auskunft Sainers) erst Anfang 1975 zu rechnen sein.

86) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.368 ff.; Jellinek, VR, S.505; Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.80 f.; Häberle, Leistungsrecht, S.453.

87) Wie Fußnote 86.

88) Püttner, Unternehmen, S.326 ff.; H.J.Wolff, VR III (3.Aufl.), S.154; Badura, DÖV 66, 629; Brohm, Strukturen, S.49; Herbig, Einrichtung, S.23.

Die antithetische ⁸⁹⁾ Gliederung in Eingriffs- und Leistungsverwaltung wird stattdessen modifiziert, um alle Erscheinungsformen des Verwaltens systematisch besser erfassen zu können.

Es werden unter anderem ordnende und fördernde ⁹⁰⁾, ordnende und leistende ⁹¹⁾, ordnende, lenkende und leistende ⁹²⁾ Verwaltung unterschieden.

Diese systematischen Abweichung^{en} lehnen sich im wesentlichen jedoch ebenfalls an eine dualistische Grundstruktur an ⁹³⁾, was durch das Folgende auch verdeutlicht wird.

Es besteht allgemein Einigkeit darüber, daß die rechts-schmälernden Verwaltungstätigkeiten an die Formen des öffentlichen Rechts gebunden sind ⁹⁴⁾, wohingegen bei der Durchführung leistender (bzw. fördernder) Verwaltungsaufgaben stattdessen auch privatrechtliche Handlungsformen gewählt werden können. Die Wahlmöglichkeit besteht allerdings dann nicht, wenn eine gesetzliche Regelung die betreffende Aufgabe öffentlich-rechtlich ausgestaltet hat ⁹⁶⁾.

89) Forsthoff, VR I, S.368.

90) Herbig, Einrichtungen, S.23.

91) H.J.Wolff, VR I (7.Aufl.), S.18; ders., VR III (3.Aufl.), S.154 ff.

92) Badura, DÖV 66, 629.

93) Jellinek, VR, S.20 ff. unterscheidet die "obrigkeitliche" und "schlicht-hoheitliche" Verwaltung; Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.74, weist auf die grundsätzliche Bedeutung dieser Dualistik hin.

94) Vgl. statt vieler Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art.20, Rdnr.129 ff.

95) Badura, DÖV 66, 625 ff.; ders., DÖV 68,452 f.; Scholz, Einrichtungen, S.68; 100; 131; Gönnerwein, Gemeinde-recht, S.475; Jellinek, VR, S.387; Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.81; H.H.Klein, Teilnahme, S.145; Rübner, Formen, S.348 f.; BGHZ 9,373; 20,57; 27,278; 32,352; 35,111; BayObLGZ 1961, 37 (43); BayObLG BayVB1. 73,20.

96) Zuletzt BayObLG, BayVB1.73,20.

Das Gesagte gilt in besonderem Maß für die kommunale Leistungsverwaltung.

Zur Verdeutlichung sei hingewiesen auf die Daseinsvorsorgeeinrichtungen ⁹⁷⁾ der Gemeinden wie z.B. Verkehrsunternehmen, Müllabfuhr, Krankenhäuser, Friedhöfe, Bibliotheken, Schwimmbäder, Museen, Theater, Sparkassen usw. ⁹⁸⁾. Die kurze Aufzählung zeigt, daß die Ausgestaltung der Handlungsformen vorwiegend ⁹⁹⁾, jedoch nicht immer privatrechtlich ist. Z.B. wird in aller Regel bei gewillkürten Monopolstellungen (Anschluß- und Benutzungszwang) privatrechtliche Handlungsform nicht in Betracht kommen ¹⁰⁰⁾, obgleich auch in diesen Fällen eine privatrechtliche Handlungsform nicht schlechthin ausgeschlossen sein muß ¹⁰¹⁾.

Gerade die gemeindlichen Leistungseinrichtungen stellen prägnante Beispiele für eine "Formenverwischung" ¹⁰²⁾

auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung dar.

Im Kommunalbereich findet sich häufig eine unterschiedliche Praxis, die sich beispielsweise durch setzungsmäßig gewährte öffentlich-rechtliche Erbringung in der einen und (mangels Satzung) rein privatrechtliche Gewährung der (materiell) gleichen Leistung in der Nachbargemeinde verwirklichen kann.

97) Vgl. dazu oben, § 5.

98) Speziell zu letzterem: Stern-Burmeister, Sparkassen; vgl. im übrigen Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.102, sowie die Aufzählung bei Scholz, Einrichtungen, S.22 sowie Püttner, Unternehmen, S.333 ff.

99) Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.102 stellt zutreffend fest, daß die privatrechtlichen Handlungsformen dominieren.

100) Köttgen, Daseinsvorsorge, S.83; Scholz, Einrichtungen, S.23; Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.102; Püttner, Unternehmen, S.332.

101) Forsthoff, VR I (9.Aufl.), S.383; Zeiß, Eigenbetriebsrecht, S.70.

102) Püttner, Unternehmen, S.136 ff., 328; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.70.

Man kann die Behauptung aufstellen, daß privatrechtliche Handlungsformen geradezu ein typisches Merkmal der nur leistenden (schlichten) Verwaltung sind ¹⁰³⁾. Scholz formuliert treffend, wenn er feststellt, daß "der gewählten Rechtsform ... prinzipiell keine materiale, sondern lediglich formale und technische Bedeutung zu (kommt)" ¹⁰⁴⁾. Daß diese Formulierung die Rechtsform, nicht die Handlungsform hervorhebt, ist dabei ohne Bedeutung. Zunächst sei dazu bemerkt, daß Handlungsform und Rechtsform (im organisatorischen Sinn) nicht unbedingt dem gleichen Rechtskreis angehören müssen ¹⁰⁵⁾. Organisationsformen des öffentlichen Rechts können sich auch privatrechtlicher Handlungsweisen bedienen, wohingegen Rechtsformen des Privatrechts grundsätzlich nur privatrechtlich auftreten. Der oben dargestellte Grundsatz der Wahlfreiheit bei der Leistungsverwaltung erstreckt sich aber auch auf die Wahl der Rechtsform ¹⁰⁶⁾. Meistens wird die Entscheidung über die rechtliche Qualität der Handlungsform schon im Vorfeld, d.h. schon dann getroffen, wenn eine entsprechende Rechtsform gewählt wird. Bei der Vielfalt gemeindlicher Einrichtungen herrscht entsprechende Formenvielfalt, die wiederum unterschiedliche Handlungsformen nach sich zieht.

103) So z.B. Gröttrup, der von einem "Übergewicht privatrechtlicher Handlungsformen vor alle, im Bereich der kommunalen öffentlichen Einrichtungen" spricht; Gröttrup, Leistungsverwaltung, S.100.

104) Scholz, Einrichtungen, S.23.

105) OVG Münster, DVBl.68, 842 und BVerwG, NJW 69, 1077; H.J.Wolff, AfK 1963, S.159.

106) Vgl. oben Fußnote 95 und die dortigen Nachweise.

Grund für diese Situation, die eine rechtliche Beurteilung nicht gerade erleichtert, ist die Erkenntnis, daß die Aufgaben der Leistungsverwaltung meistens - aber nicht immer - besser erfüllt werden können, wenn sich die Verwaltungseinheiten privatrechtlicher Formen¹⁰⁷⁾ und vornehmlich des probaten Mittels privatrechtlicher Verträge bedienen können¹⁰⁸⁾. Weiterhin handelt es sich in der Regel um wirtschaftliche Leistungen, die von den Verwaltungsträgern erbracht werden. Es leuchtet ein, daß bei der Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr privatrechtliche Aktionsformen vieles erleichtern, letztlich die mit der Erfüllung der Leistungsgewährung verfolgten Zwecke fördern können.

2. Fiskalgeltung und Wohnungsvermittlung

Bedienen sich die Träger der Leistungsverwaltung privatrechtlicher Aktionsformen, so ist fraglich, ob sie auch in diesem Fall an die Grundrechte gebunden sind, da diese (primär) gegen hoheitliche Eingriffe schützen¹⁰⁹⁾. Geht man von einer strukturellen Wirkung der Grundrechte sowie von der Möglichkeit faktischer Beeinträchtigungen der Individualsphäre aus, dann ist - wie Püttner mit Recht formuliert¹¹⁰⁾ - "die Fiskalgeltung nur eine Forderung", die sich aus diesem Gedanken ergibt, nicht aber der gedanklich richtige Ansatz.

107) Badura, DÖV 66, 625 ff.; ders., DOV 68, 452 f.; Scholz, Einrichtungen, S.22 f.; Rübner, Formen, S.138 f.

108) Stern-Püttner, Gemeindevirtschaft, S.123; ausdrücklich Püttner, Unternehmen, S.133: "Das Privatrecht ist nicht Grundlage, sondern nur Mittel der Verwaltungstätigkeit ...".

109) Vgl. oben § 10 II.

110) Unternehmen, S.143.

Eine Grundrechtsbindung bei fiskalischem Handeln wird zum Teil generell bejaht ¹¹¹⁾, zum anderen Teil aber verworfen ¹¹²⁾. Die Rechtsprechung neigt hingegen der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht ¹¹³⁾ zu. Das bedeutet, daß die Leistungsträger grundrechtspflichtig sind, wenn sie sich bei unmittelbarer Erfüllung öffentlicher Zwecke privater Handlungsformen (wie auch privatrechtlicher Rechtsformen) bedient.

Diese Meinung verdient gerade wegen des erweiterten Grundrechtsverständnisses ¹¹⁴⁾ den Vorzug ¹¹⁵⁾.

Nachdem die kommunale Wohnungsvermittlung ohnehin an spezifische öffentliche Zwecke gebunden ist, kommt es nach dieser Ansicht nicht auf die gewählte Rechts- oder Aktionsform an, soweit die Grundrechtsgeltung in Frage steht. Private Rechtsformen der Wohnungsvermittlung dienen der öffentlichen Zwecksetzung unmittelbar. Wollte man in diesem Falle eine Grundrechtsbindung ablehnen, könnte man nur über die Regelung des Wettbewerbsrechts die gemeindliche Entfaltung zügeln ¹¹⁶⁾, das nach dem Stand der Rechtsprechung derzeit allerdings noch keinen wirksamen Schutz gegen staatliche Machtentfaltung in privatrechtlicher Form bietet ¹¹⁷⁾.

111) Siedentopf, Kommunalwirtschaft, S.97 ff.; weitere Nachweise bei Ossenbühl, DÖV 71, 520 (Fußn.83) und Püttner, Unternehmen, S.147.

112) H.H.Klein, Teilnahme, S.169 ff.; Bettermann, Hirsch-Festschrift, S.19; Emmerich, JuS 69, 332 ff.

113) BGHZ 29,76 (80); 33,230 (233); 36,91 (95 ff.); weitere Nachweise bei Emmerich, JuS 69, 332 ff. und Stern-Burmeister, Sparkassen, S.136.

114) Vgl. oben § 10 II.

115) So auch Püttner, Unternehmen, S.147 f.

116) So vor allem Emmerich, JuS 69, 332; ders., Unternehmen.

117) Dazu Scholz, NJW 74, 782.

§ 11 Weitere gesetzliche Bindungen

I. Allgemeine Stellung in der Privatrechtsordnung

Die Alternativität privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung der Leistungsbeziehung im Rahmen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ¹⁾ bringt mit sich, daß bei der Wahl privatrechtlicher Gestaltung das Zivilrecht anwendbar wird ²⁾. Gemeinden, die sich in den Formen des Privatrechts wirtschaftlich betätigen, haben in der Privatrechtsordnung keine Sonderstellung inne ³⁾. Sie können das Privatrecht nur so wählen, wie es ist ⁴⁾. Allerdings bewirken die besonderen Bindungen des öffentlichen Rechts, daß den Gemeinden die Privatautonomie nicht zu- steht ⁵⁾.

Nochmals sei der letztlich auf dem Gleichheitssatz basierende Benutzungsanspruch erwähnt, der ein öffentlich-rechtlicher Anspruch ist, obwohl er unter den genannten Voraussetzungen auf Eingehung eines privatrechtlichen Vertrages gerichtet ist, mithin einen "Kontrahierungszwang" beinhaltet.

-
- 1) Forsthoff, VR I (10.Aufl.), S.371; Stern-Püttner, Gemeindevirtschaft, S.122; Stern-Burmeister, Sparkassen, S.70; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.102; H.H.Klein, Teilnahme, S.145; Püttner, Unternehmen, S.136 ff.; vgl. auch oben.
 - 2) Scholz, Einrichtungen, S.147 ff.; Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.102 ff.; Püttner, Unternehmen, S.368 ff.
 - 3) Püttner, Unternehmen, S.369.
 - 4) H.H.Klein, Teilnahme, S.227 f.
 - 5) Püttner, Unternehmen, S.135.

Damit ist behauptet, daß die Bindungen der öffentlichen Hand, insbesondere der Gemeinden, stärker sind als die der privaten Teilnehmer am Rechtsverkehr. Jene unterliegen den speziellen Normen des öffentlichen Rechts und den "allgemeinen Gesetzesschränken" ⁶⁾. Unter "Verwaltungsprivatrecht" ist somit das "allgemeine Privatrecht als Mittel der Verwaltung" ⁷⁾ zu verstehen.

Die Durchführung öffentlicher Aufgaben hindert die Anwendbarkeit des Zivilrechts nicht ⁸⁾. Damit unterliegt die "eigenverantwortliche Selbstverwaltung" ⁹⁾ weiteren Modalitäten. Insbesondere bestehen die Bindungen des BGB, HGB, UWG, GWB, sowie die der allgemeinen Steuergesetze und ferner auch der auf bestimmte Wirtschaftszweige allgemein anwendbaren Sonderbestimmungen ¹⁰⁾.

Der "Dirigismus" allgemein-staatlicher Gesetzesschränken trifft private und kommunale Betätigungen gleichermaßen ¹¹⁾. Es bestehen im Rahmen dieser allgemeinen Gesetzesschränken keine auf die Kommunen besonders bezogene "Lenkungsmaßnahmen" ¹²⁾, so daß der Selbstverwaltungsgrundsatz die Anwendbarkeit nicht einschränkt. Die Eigenverantwortlichkeit besteht vielmehr nur "im Rahmen der Gesetze" ¹³⁾.

-
- 6) BVerwG, BayVBl. 73,49; Wolff, VR III, S.169; allgemein dazu auch Hesse, Grundzüge, S.80 ff.; v.Mangoldt-Klein, GG, Art.20, Anm.VI 4/b und VI 4/f; sowie Scholz, Einrichtungen, S.147.
- 7) Püttner, Unternehmen, S.368.
- 8) Schricker, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.147.
- 9) Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S.179.
- 10) Püttner, Unternehmen, S.369; Scholz, Einrichtungen, S.147 f.; Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S.179.
- 11) Stern-Püttner, Gemeindegewirtschaft, S.179.
- 12) Scholz, Einrichtungen, S.147 (mit Hinweis auf Ausnahmeregelungen, z.B. die staatliche Marktregelung nach §§ 65,69 GewO).
- 13) Vgl. dazu oben § 6 I (S.110ff.).

Die besonderen Schwierigkeiten der Behandlung öffentlicher Unternehmen im Wettbewerbsrecht wurden im einzelnen schon an anderer Stelle ¹⁴⁾ dargestellt. Die Berechtigung zur Teilnahme am Wettbewerb richtet sich nach den referierten öffentlich-rechtlichen Grundsätzen und ist zu trennen vom Begriff der Unlauterkeit im Wettbewerbsrecht ¹⁵⁾. Da sich die wirtschaftliche Tätigkeit der Gemeinden in der Regel als (Wirtschafts-)Verwaltung darstellt, bleibt nur ein begrenzter Raum für eine wettbewerbsrechtliche Verpflichtung ¹⁶⁾. Im Grundsatz ist daher die Frage nach erlaubter Betätigung aus dem öffentlichen Recht zu beantworten. Das gilt z.B., wenn die Rechte eines durch Sozialtarife verdrängten Privatunternehmers in Frage stehen ¹⁷⁾. Hier muß der öffentliche Zweck als Rechtfertigung berücksichtigt werden, der u.U. eine an sich sittenwidrige Preisunterbietung erlauben oder sogar gebieten kann ¹⁸⁾. Die Behandlung dieser Frage hat sich daher nach öffentlichem Recht, nicht aber nach § 1 UWG zu richten ¹⁹⁾. Dennoch sind einige Verhaltensweisen denkbar, die wettbewerbsrechtlich relevant sind. Das gilt z.B. für die "schmale Zone fiskalischer Annexnutzun-

14) Vgl. besonders Schrickner, Wirtschaftliche Tätigkeit, vor allem S.101 ff.; ferner Scholz, Einrichtungen, S.149 ff.; Püttner, Unternehmen, S.370 ff.; Emmerich, JuS 70, 332 ff.; Scholz, NJW 74, 781 f.

15) Scholz, Einrichtungen, S.150 f.; Püttner, Unternehmen, S.373; H.H.Klein, Teilnahme, S.242 f.; Schrickner, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.100; wie hier wohl auch BVerwG, BayVB1.73,49; bedenklich VGH Baden-Württemberg, Verwaltungsarchiv 1969, S.141 ff. (als Vorinstanz zu BVerwG, aaO.).

16) Scholz, Einrichtungen, S.150.

17) Püttner, Unternehmen, S.376, bes. FN.24.

18) Püttner, ebd.; H.H.Klein, Teilnahme, S.250 f.; Schrickner, Wirtschaftliche Tätigkeit, S.154 ff.

19) Etwas unklar: VGH Baden-Württemberg, Verwaltungsarchiv 1969, S.141 ff.

gen" ²⁰⁾, aber auch für eine unzulässige Verknüpfung hoheitlicher Befugnisse mit der privatrechtlichen Tätigkeit ²¹⁾. Die wettbewerbsrechtlichen Bindungen entfallen indessen bei der Wahl öffentlich-rechtlicher Handlungsform ²²⁾. Die von Scholz ²³⁾ vorgetragene Ansicht, daß wettbewerbsrechtliche Verpflichtungen nur für die formunabhängigen Hilfsgeschäfte im materiell-wirtschaftlichen Sinn vorliegen können, widerspricht der überwiegenden Meinung nur scheinbar.

Ist der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts auf Grund öffentlich-rechtlicher Legitimationsgrenzen wirtschaftlicher Betätigung in privatrechtlicher Form ohnedies schon eingeschränkt, muß er folgerichtig bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung vollends entfallen.

Daß die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zwischen Gemeinden und Benutzern für privatrechtliche Bindungen kein Raum bleibt, versteht sich von selbst. Maßgeblich sind in diesem Fall nur Normen des öffentlichen Rechts, insbesondere solche einer öffentlich-rechtlichen Benutzungsordnung (Satzung) ²⁴⁾.

Die an dieser Stelle vorgetragenen Gesichtspunkte sind demnach für die Wohnungsvermittlung nur relevant, wenn sie in privatrechtlichen Formen durchgeführt wird ²⁵⁾.

20) Scholz, Einrichtungen, S.150; ders., NJW 74, 781; OLG Köln, NJW 74, 802 f. (Anwendbarkeit des UWG auf Werbung, die von Ersatzkassen betrieben wurde).

21) VGH Baden-Württemberg, Gewerbearchiv 1969, S.141 ff. (143); BVerwG, BayVBl.73,49; Püttner, Unternehmen, S.374.

22) Vgl. die Nachweise bei Scholz, Einrichtungen, S.150, FN.36; ders., aber auch AÖR 97 (1972), S.301 ff.

23) Einrichtungen, S.150 f.

24) Vgl. dazu oben § 3.

25) Das gilt vor allem für die Münchner Wohnungsvermittlung, vgl. dazu oben § 1 II (S.18 ff.).

Fraglich ist, ob sich die Ansicht durchsetzen wird, daß wettbewerbsrechtlich relevante Verhaltensweisen der öffentlichen Hand sowohl am öffentlichen Recht wie auch Wettbewerbsrecht zu messen sind (Doppelqualifikation)²⁶⁾. Dazu wäre nötig, daß das Wettbewerbsrecht (bei staatlichen Wettbewerbsmaßnahmen) nicht wie bisher einseitig privatrechtlich zu qualifizieren wäre, sondern zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht angesiedelt werden müßte²⁷⁾. In ähnliche Richtung gehen die Vorschläge von Emmerich²⁸⁾, der - ausgehend von einer generellen Ablehnung der "Fiskalgeltung" der Grundrechte - fordert, daß das objektive Wettbewerbsverhalten der öffentlichen Hand stets nach Wettbewerbsrecht beurteilt wird.

II. Das Wohnungsvermittlungsgesetz²⁹⁾

Das WVG ist grundsätzlich auf jeden "Vermittler" im tatbestandlichen Sinn (§ 1 Abs.1 WVG) anwendbar³⁰⁾. Das WVG regelt die Wohnungsvermittlung allgemein, ohne speziell auf die Kommunen zugeschnitten zu sein. Es kann daher als "allgemeines Gesetz"³¹⁾ bezeichnet werden.

26) Scholz, NJW 74, 782 mit Hinweis auf Mestmäcker, NJW 69, 2 ff.

27) Scholz, ebenda, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BGH, die in eine solche Richtung tendiert; vgl. auch OLG Köln, NJW 74, 802 ff.

28) u.a. in JuS 69, 332.

29) Art.9 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4.11.71 (BGBl.I S.1745).

30) Dazu Redemann, Betrieb 1972, S.125 ff.

31) Püttner, Unternehmen, S.39.

Der wesentliche Inhalt des Gesetzes läßt sich mit einem Satz umschreiben: Das WVG enthält abweichend vom Grundsatz der Privatautonomie zwingendes Vertragsrecht ³²⁾. Damit ist es spezialgesetzliche Regelung der Privatrechtsordnung ³³⁾.

Zweck des Gesetzes ist es in erster Linie, durch Reglementierung der Vertragsfreiheit Mißstände bei der Wohnungsvermittlung zu beseitigen, die Wohnungssuchenden vor wirtschaftlich ungerechtfertigten Belastungen zu schützen sowie mißliebige Vertragsgestaltungen zu verhindern ³⁴⁾. Gestalten die Gemeinden die Wohnungsvermittlung öffentlich-rechtlich, so sind sie nach den oben vorgetragenen Gesichtspunkten an spezialgesetzliche Regelung des Vertragsrechts nicht gebunden. Auf die privatrechtlich vorgehenden Gemeinden ist das WVG anwendbar ³⁵⁾. Eine Privilegierung ³⁶⁾ der Gemeinden enthält das WVG nicht ³⁷⁾.

-
- 32) Wer tatbestandlich Wohnungsvermittler ist, hat sich an die Vergütungsregelungen (§§ 2 bis 6 WVG) zu halten, die z.B. Koppelungsgeschäfte verbieten (§ 2 Abs.2). Ferner darf nur derjenige vermitteln, der vom Verfügungsberechtigten dazu beauftragt ist (§ 6 Abs.1). Schließlich sind "verdeckte In-Sich-Vermittlungen" untersagt (§ 2 Abs.2). Vgl.dazu im einzelnen Breiholdt, MDR 72, 918 ff.; Redemann, Betrieb 72, 125 ff.; Palandt-Thomas, BGB, Einführung vor § 652, Anm.6.
- 33) Vgl. Palandt-Thomas, BGB, Einführung vor § 652, Anm.6, sowie Anm. zu §§ 652, 653 jeweils unter dem Stichwort Wohnungsvermittlung.
- 34) BT-Drs.VII 1549 (Begründung des Entwurfs).
- 35) Ebenso Breiholdt, MDR 72, 398; mit Abstrichen Rocke, DVBl.73, 401, der allerdings zu Unrecht Breiholdt Zweifel an der grundsätzlichen Anwendbarkeit unterstellt; ohne Kommentar Küchenhoff, Gutachten, S.2 ff., der nur den Wortlaut wiedergibt.
- 36) Vgl. dazu Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.180.
- 37) Einzelheiten über Privilegien in "allgemeinen Gesetzen" bei Püttner, Unternehmen, S.40 f.

Zwar ist nicht zu befürchten, daß bei kommunaler Wohnungsvermittlung gerade die Mißstände auftreten, die durch das WVG eingedämmt werden sollen. Vielmehr dirigiert schon die Zweckbindung notwendige und erlaubte Modalitäten.

Gleichwohl steht die prinzipielle Anwendbarkeit des WVG auf privatrechtlich handelnde Gemeinden nach den vorgetragenen Gesichtspunkten außer Frage. Andererseits dürfen allgemeine gesetzliche Beschränkungen nicht so weit gehen, daß für die Entscheidung nach eigener Verantwortung kein Raum mehr bleibt. Das gebietet die Wesensgehaltssperre der Selbstverwaltungsgarantie ³⁸⁾. Notfalls bleibt trotz prinzipieller Anwendbarkeit der Weg einer teleologischen Reduktion ³⁹⁾ einzelner Vorschriften des WVG. Im einzelnen ergibt sich folgendes: Nach § 7 WVG sind die §§ 3 Abs.1 und 6 nur auf gewerbsmäßige Vermittler anwendbar. Nur soweit die Kommunen "gewerbsmäßig" Vermittlung betreiben, haben sie das Entgelt daher in einem Bruchteil (oder Vielfachen) der Monatsmiete anzugeben (§ 3 Abs.1) ⁴⁰⁾, bzw. sich auf einen Auftrag der Verfügungsberechtigten zu stützen (§ 6 Abs.1) und die Gewerbsmäßigkeit zu offenbaren (§ 6 Abs.2).

38) Stern-Püttner, Gemeindewirtschaft, S.179 f.

39) Von Rocke, DVBl.73, 399 ff. besprochen, allerdings in unzutreffender Weise, was sogleich dargelegt werden wird.

40) So in München, vgl. Organisationsmodell, S.18; nicht aber z.B. in Nürnberg (7 DM pro Raum); vgl. Günther, Die Demokratische Gemeinde 1973, S.16.

Zunächst sei dazu bemerkt, daß die genannten Vorschriften nicht von erheblicher Bedeutung für eine kommunale Wohnungsvermittlung sind. Eine bis in Einzelheiten gehende Publizität kommunaler Einrichtungen gebietet das Rechtsstaatsprinzip ohnehin ⁴¹⁾. Die zum Schutz der Wohnungsuchenden normierten Offenbarungspflichten gewerbsmäßiger Vermittler überschneiden sich mit Grundsätzen, die sich aus der Natur hoheitlicher Betätigung ableiten lassen.

Abgesehen davon vermitteln die Gemeinden nicht "gewerbsmäßig" im Sinne des WVG. Die im Rahmen legitimer wirtschaftlicher Betätigung durchgeführte Vermittlung ⁴²⁾ ist materielle Verwaltung. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit wirtschaftlichen Mitteln kann daher nicht gleichgesetzt werden mit gewerbsmäßiger Tätigkeit im Sinne des WVG ⁴³⁾. Die §§ 3 Abs.1 und 6 brauchen die Gemeinden daher nicht zu beachten ⁴⁴⁾. Gleichwohl erfordert der aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitende Bestimmtheitsgrundsatz ⁴⁵⁾ die Offenlegung der publizitätsrelevanten Tätigkeitsmodalitäten. Befreit sind die Gemeinden daher nur von den formalen Offenbarungspflichten des WVG. Die Gebühr

41) Vgl. dazu schon oben § 3 II (

42) Dazu ausführlich oben § 6 III.

43) A.A. Rocke, DVBl.73, 399 ff. (402); unentschieden Breiholdt, MDR 72, 918 (Fn.4) mit Hinweis auf die Ansicht der Regierung von Mittelfranken, die der hier vertretenen im Ergebnis entspricht.

44) Anders die Auffassung der Münchner Wohnungsvermittlung; vgl. Organisationsmodell, S.19.

45) Vgl. etwa Forsthoff, VR I (10.Auf.), S.391 f.; ferner BVerfGE 2,403; 3,237; 7,92; 13,271; 15,319.

muß daher nicht in Bruchteilen oder Vielfachen der Monatsmiete angegeben werden (§ 3 Abs.1 WVG); es genügt, wenn Höhe und Berechnungsgrundlage erkennbar sind. Soweit Belegungsrechte bestehen ⁴⁶⁾, ist ein Tätigwerden auch ohne Auftrag der Verfügungsberechtigten denkbar und erlaubt (entgegen § 6 Abs.1 WVG). Im übrigen verbietet aber Art.20 Abs.1 GG auch ein Eindringen in die private Entscheidungssphäre, so daß abgesehen von den genannten Ausnahmefällen die Gemeinden im Grundsatz ohne Auftrag der Verfügungsberechtigten nicht tätig werden dürfen. Schließlich ergibt sich gleichfalls eine inhaltlich mit § 6 Abs.2 WVG übereinstimmende Pflicht, im Rechtsverkehr als "Wohnungsvermittler" aufzutreten. Anonymität ist den Gemeinden ohnehin aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit versagt.

Hinsichtlich der genannten Vorschriften ergibt sich somit eine "verdeckte" Privilegierung der Gemeinden, die sich allerdings wegen der aufgezeigten Gesichtspunkte kaum auswirkt.

Im übrigen sind die Vorschriften des WVG ~~anwendbar~~. Das ist weitgehend unproblematisch, da spezialgesetzliche Regelungen zum BGB in Frage stehen, die hauptsächlich nur der Klarstellung dienen ⁴⁷⁾.

Im einzelnen gilt hier: § 2 WVG verbietet die entgeltliche Vermittlung von Wohnraum, der dem Vermittler ganz oder zum Teil gehört. Eine "teleologische Reduktion" ⁴⁸⁾ dieser Vorschrift zugunsten der Gemeinden verbietet sich.

46) Dazu oben § 6 II 2/c.

47) Palandt-Thomas, BGB, Anm.6 vor § 652.

48) So der Vorschlag von Rocke, DVBl. 73, 399 ff. (402).

Die Interessenlage ist nicht anders, wenn Gemeinden ihre eigenen Wohnungen "vermitteln".

Auch sie erhalten nach Eingehung des Vertragsverhältnisses den Mietzins (entsprechend ihrer Beteiligung u.U. anteilig). Es besteht daher kein Grund, sie von § 2 Abs.2 WVG zu befreien.

Ebenso haben die Gemeinden § 2 Abs.1 WVG zu beachten, der Ansprüche auf Entgelt gegenüber Wohnungssuchenden ausschließt, denen öffentlich geförderte oder preisgebundene Wohnungen vermittelt werden. Nicht ausgeschlossen sind nach dieser Vorschrift Ansprüche gegen den Vermieter. Eine Reduktion scheidet auch in diesem Falle aus.

Schlußbetrachtung

Erweist sich die kommunale Wohnungsvermittlung auf der einen Seite nicht in jedwedem Umfang als zulässig, so ist sie auf der anderen Seite auch nur beschränkt tauglich, eingestandene Mißstände auf dem Wohnungsmarkt zu bekämpfen. Sie ist ein wohlgemeinter Versuch, der nicht darüber hinwegtäuschen sollte, daß die eigentlichen Ursachen anderswo liegen.

Es zeigte sich einmal mehr, welche Schwierigkeiten der Komplex Leistungsverwaltung aufweist. Gleichwohl könnten detaillierte gesetzliche Regelungen zur Beseitigung der dogmatischen Unterbilanz den Interessen der Bürger mehr schaden als nutzen. Das Instrumentarium der Rechtsordnung reicht aus, gerechte Lösungen zu finden.

Das gilt vor allem für den Bereich der kommunalen Leistungsverwaltung, die zur Erfüllung bürgernaher Aufgaben auf ein ausreichendes Maß an Flexibilität angewiesen ist.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 4.9.1946 in München als Sohn des Kaufmanns Kurt Werner und der Hausfrau Inge Werner geboren.

Von 1951 bis 1956 besuchte ich die Volksschule an der Gebelestraße in München.

Sodann wechselte ich über zum Neuen Realgymnasium in München, das ich bis zum Jahr 1960 besuchte.

Von 1960 bis 1965 besuchte ich das Realgymnasium Gräfel-fing. Im Juli 1965 absolvierte ich die Reifeprüfung.

Im Anschluß daran leistete ich meinen Wehrdienst beim Bundesgrenzschutz bis zum Jahre 1967.

Vom Sommer-Semester 1967 an studierte ich 8 Semester lang Rechtswissenschaften an der Universität München.

Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich in Bayern im Jahr 1971. Daran schloß sich eine dreijährige Vorbe-reitungszeit an, die ich mit Ablegung der zweiten juristi-schen Staatsprüfung (Termin 1974/II) abschloß.

Die mündliche Prüfung legte ich am 22.4.75 ab.

Seit Juni 1973 bin ich verheiratet mit der Zahnärztin Ann-Charlotte Werner, geb. Martin.

Klaus Jochen W e r n e r

